

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

LEONARDO ALMEIDA LAGE

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO
DIREITO CONSTITUCIONAL: ENTRE O DIREITO
COMO INTEGRIDADE E ACORDOS
INCOMPLETAMENTE TEORIZADOS**

**BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2013**

Leonardo Almeida Lage

**Os limites da aplicação judicial do direito constitucional:
entre o direito como integridade e acordos incompletamente
teorizados**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr.^a Claudia Rosane Roesler

**Brasília
Dezembro de 2013**

Leonardo Almeida Lage

Os limites da aplicação judicial do direito constitucional: entre o direito como integridade e acordos incompletamente teorizados

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito SS.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2013.

Professora Dr.^a Claudia Rosane Roesler

Professora Orientadora

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

Membro da Banca Examinadora

João Gabriel Pimentel Lopes, Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília

Suplente

*A minhas lindas avós, a meus dedicados pais e
à minha querida irmã*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e acima de tudo, à professora Dr.^a Claudia Rosane Roesler – minha atenciosa, cuidadosa e paciente orientadora –, por todas as lições, discussões, sugestões e comentários que colaboraram decisivamente para a construção e para o aprimoramento deste trabalho, bem como pelos finais de semana e feriados que dedicou à leitura deste e de outros textos escritos por mim.

Ao professor Dr. Menelick de Carvalho Netto, que tem sido desde meus primeiros anos na graduação um gentil interlocutor. Aos professores Dr. Claudio Ladeira de Oliveira, Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira e João Gabriel Pimentel Lopes, que cordialmente aceitaram o convite para compor a banca examinadora que avaliará este trabalho e cujas considerações certamente contribuirão para o aperfeiçoamento e para o aprofundamento do estudo proposto.

À advogada Msc. Vanessa Elisa Jacob Ferreira, que me desincumbiu de diversas tarefas para que eu pudesse me dedicar quase exclusivamente à redação deste texto, pela compreensão, pelo apoio e também pelas conversas que me ajudaram a colocar em ordem alguns pensamentos. Depois de tê-la tido como supervisora de estágio, será difícil eu conseguir considerar bondoso qualquer outro chefe que eu venha a ter na vida.

Estritamente falando, a elaboração do presente trabalho foi bastante solitária, exceto pela presença constante e tranquilizadora de minha orientadora, com quem sempre pude contar. Apesar disso, as ideias aqui apresentadas são igualmente fruto de diálogos e conhecimentos acumulados ao longo dos últimos cinco anos. Inúmeras pessoas – professores, amigos, colegas com quem trabalhei e familiares – são, em maior ou menor medida, responsáveis pelo amadurecimento daquilo que hoje e por enquanto eu entendo por direito. A todas elas, sou enormemente grato.

RESUMO

O objeto do trabalho são os limites da aplicação judicial do direito constitucional. O tema é discutido a partir da contraposição teórica entre duas formulações diferentes sobre interpretação constitucional: o direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin, e os acordos incompletamente teorizados, propostos por Cass R. Sunstein. O direito como integridade é uma teoria normativa da decisão judicial de acordo com a qual a decisão deve adequar-se à prática jurídica e mostrá-la sob sua melhor luz a partir de princípios de moralidade política. Os acordos incompletamente teorizados, por sua vez, partem do pressuposto de que essa abordagem é demasiadamente ambiciosa. Eles podem ser compreendidos como uma estratégia para alcançar o acordo sobre resultados particulares sem uma teoria que os justifique completamente. Seu objetivo é viabilizar o exercício do poder jurisdicional em um contexto social de profundas e às vezes inconciliáveis divergências morais. Tanto o direito como integridade quanto os acordos incompletamente teorizados são formulações teóricas surgidas no contexto institucional norte-americano. Por isso, são expostas as origens e características gerais do controle de constitucionalidade dos Estados Unidos. Em seguida, são discutidos o papel atribuído à Suprema Corte por cada um dos autores de referência e as diferentes concepções de legitimidade que ele implica. Isso permite o contraste entre as duas teorias, especialmente quanto a suas propostas de enfrentamento do ativismo judicial, dos limites institucionais enfrentados pelos juízes, da melhor aplicação do pensamento de John Rawls ao direito e da exigência de coerência nas decisões judiciais. Ao final, conclui-se que as duas concepções sobre interpretação constitucional são mais próximas do que podem parecer na superfície e são traçadas algumas hipóteses para a conciliação das duas posições.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Direito como integridade. Acordos incompletamente teorizados. Ronald Dworkin. Cass Sunstein.

ABSTRACT

The subject of this essay is the limits of adjudication in constitutional law. The topic is discussed by means of contrasting two different formulations about constitutional interpretation: law as integrity, developed by Ronald Dworkin, and incompletely theorized agreements, proposed by Cass R. Sunstein. Law as integrity is a normative theory of decision-making according to which decisions must fit the legal practice and show it under its best light by developing principles of political morality. Incompletely theorized agreements, on the other hand, are based on the assumption that that approach is too ambitious. They can be understood as a way to reach agreement on particular outcomes without a theory that completely accounts for them. Their objective is to make possible the exercise of judicial power in the midst of deep and sometimes irreconcilable moral disagreements. Both law as integrity and incompletely theorized agreements are theoretical formulations arisen in the American institutional context. Because of that, the origins and general characteristics of judicial review in the United States are stated. Then, the role of the Supreme Court attributed by each of the authors and its implications on the different concepts of legitimacy are discussed. That allows the contrast between both theories, especially concerning their proposals to cope with judicial activism, with the institutional limits of the Judiciary, with the best application of John Rawls' thinking to law and with the requirement of coherence in judicial decisions. In the end, it is concluded that both approaches to constitutional interpretation have much more in common than it may appear at first and some hypothesis are outlined about how to reconcile both views.

Key words: Constitutional interpretation. Law as integrity. Incompletely theorized agreements. Ronald Dworkin. Cass Sunstein.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O PAPEL DA SUPREMA CORTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA.....	13
2.1. Origem e características gerais do controle de constitucionalidade (<i>judicial review</i>) no direito constitucional norte-americano	14
2.2. A Suprema Corte é o fórum de princípios?	33
2.3. Legitimidade do controle de constitucionalidade (<i>judicial review</i>)	41
3. DUAS CONCEPÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	49
3.1. Acordos incompletamente teorizados e a questão do ativismo judicial	55
3.2. Razões institucionais em favor do minimalismo	69
3.3. A inspiração em John Rawls: entre o equilíbrio reflexivo (direito como integridade) e o consenso sobreposto (acordos incompletamente teorizados)	75
3.4. A exigência de coerência.....	79
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

1. INTRODUÇÃO

Em 26 de junho 2013, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu dois casos envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo: *Hollingsworth vs. Perry* e *U.S. vs. Windsor*. O primeiro remonta ao ano de 2008, quando a Suprema Corte do Estado da Califórnia declarou que era inconstitucional a limitação oficial do casamento aos casais de sexos opostos. Algum tempo depois, nesse mesmo ano, os eleitores aprovaram por meio de referendo a chamada *Proposition 8*, uma emenda à constituição estadual que definiu casamento como a união entre um homem e uma mulher. Dois casais de pessoas do mesmo sexo que desejavam se casar ajuizaram uma ação em uma corte federal questionando a *Proposition 8*, alegando que ela violava as cláusulas do devido processo e da igual proteção, previstas na constituição dos Estados Unidos. Em virtude da recusa do governador Arnold Schwarzenegger e de outras autoridades públicas, a defesa da constitucionalidade da emenda foi assumida, nesse caso, por aquelas pessoas que a propuseram. Em *Hollingsworth vs. Perry*, elas pediram à Suprema Corte dos Estados Unidos a reforma da decisão da corte de instância inferior que havia concluído pela inconstitucionalidade da *Proposition 8* sob o fundamento de que a restrição da designação de casamento a uniões de pessoas de sexo oposto não servia a nenhum propósito a não ser impor, por meio do direito, a desaprovação da maioria às pessoas homossexuais e aos seus relacionamentos, violando, assim, a cláusula de igual proteção. No fim, o tribunal decidiu manter essa decisão, sem apreciar seu mérito, alegando apenas que os peticionantes não teriam legitimidade ativa (*standing*) para defender o interesse geral de reconhecimento da constitucionalidade da emenda.¹

O segundo caso, *U.S. vs Windsor*, relaciona-se à história de duas mulheres, Edith Windsor e Thea Spyer, que se conheceram em 1963 e que após muitos anos de vida em comum se casaram legalmente no Canadá, em 2007. A união foi considerada válida pelo estado de Nova York, onde viviam. Quando Spyer veio a óbito, em 2009, Windsor pleiteou a isenção de impostos prevista legalmente para cônjuges sobreviventes, a qual lhe foi negada em razão da lei federal *Defense of Marriage Act (DOMA)*, que exclui parceiros do mesmo sexo da definição de “cônjuge”. Ela pagou os impostos, mas propôs uma ação judicial requerendo a restituição do valor, valendo-se do argumento de que o dispositivo legal mencionado ofende o princípio da igual proteção incorporado à Quinta Emenda à constituição dos Estados Unidos. O pedido obteve êxito nas duas instâncias inferiores da justiça federal norte-americana e

¹ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Hollingsworth vs. Perry*. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf. Acesso em: 15 nov. 2013.

posteriormente foi levado à apreciação da Suprema Corte, à qual coube avaliar se o Estado poderia negar a casais do mesmo sexo benefícios concedidos a casais de sexos opostos. O tribunal julgou o *DOMA* inconstitucional por violação à cláusula do devido processo legal inscrita na Quinta Emenda à constituição dos Estados Unidos, porque, considerando a amplitude de sua aplicação, a lei não servia a qualquer propósito a não ser o menosprezo pelo casamento de duas pessoas do mesmo sexo, ainda que em conformidade leis aprovadas por cada estado federado no exercício legítimo de sua competência legislativa, tratando de maneira iníqua o grupo de pessoas cuja dignidade alguns estados, tal como Nova York, visaram a proteger.²

O direito constitucional tem tratado a questão do casamento de pessoas do mesmo sexo como um caso difícil.³ A suposta dificuldade encontra-se na colisão entre o direito de casais de pessoas homossexuais de terem seus relacionamentos reconhecidos juridicamente como casamento, com todas as consequências normativas que isso implica, e o interesse das pessoas cuja concepção mais conservadora de sociedade repudia esse tipo de relação por considerá-lo imoral. Para o observador externo, a divisão da população norte-americana em torno da questão parece ser bem marcada. Os liberais, associados ao Partido Democrata, parecem ser de modo geral favoráveis ao reconhecimento do direito ao casamento de duas pessoas do mesmo sexo como um corolário do direito à igualdade, ao passo que os conservadores, algumas vezes ligados ao Partido Republicano, normalmente sustentam a opinião contrária, assentada sobretudo em uma concepção tradicional de família. Cumpre ressaltar, no entanto, que não se trata de uma regra sem exceções, como evidencia o fato de que no caso *Hollingsworth vs. Perry* estiveram do mesmo lado o advogado conservador Ted Olson e o liberal David Boies, que alguns anos antes se enfrentaram em *Bush vs. Gore*.

Nas audiências sobre os casos *Hollingsworth vs. Perry* e *U.S. vs. Windsor*, realizadas nos dias 26 e 27 de março de 2013, os ministros da Suprema Corte pareciam refletir esse conflito social, manifestando a preocupação de que fosse prematuro para o tribunal intervir em um ambiente político agitado e em rápido processo de mudança. O ministro Anthony Kennedy – que é considerado o *swing vote*, que às vezes acompanha os ministros mais liberais e em outras ocasiões segue os mais conservadores – disse, por exemplo, que a corte

² SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *U.S. vs. Windsor*. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf. Acesso em: 15 nov. 2013.

³ Casos difíceis são aqueles gerados pela vagueza ou pela ambiguidade da linguagem, pelos desacordos morais ou pelas colisões de direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 37-38). Embora a classificação entre casos fáceis e difíceis às vezes pareça depender muito mais da postura que os agentes envolvidos assumem em relação a eles, essa parece ser a definição que se consagrou no senso comum teórico dos juristas. Outra definição de casos difíceis, tecnicamente mais apurada, é aquela apresentada por Neil MacCormick: “Ela diz respeito à dificuldade envolvida em confrontar os argumentos opostos e igualmente fortes que surgem em ambos os lados, e em chegar a um julgamento a favor ou contra [...]. Esse é, na classificação proposta aqui, um grande exemplo de ‘problema de relevância’”. Outros casos difíceis podem ser imaginados com respeito aos problemas de interpretação, classificação, avaliação ou prova” (MACCORMICK, 2008, p. 67).

estava navegando em águas desconhecidas. A ministra Sonia Sotomayor manifestou incerteza de que esse seria o momento adequado para reconhecer o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo: “Se a questão é deixar os estados experimentarem e deixar a sociedade ter mais tempo para descobrir sua direção, porque conhecer do caso agora é a resposta?” (SOTOMAYOR apud BARNES, 2013, tradução livre),⁴ ela perguntou.

Os dois casos servem como ilustração para perguntas recorrentes na teoria e na prática constitucional: como devem as cortes decidir casos constitucionais? Qual o papel do Poder Judiciário em geral e da Suprema Corte em particular em uma estrutura institucional democrática? Em que medida é legítimo o exercício do poder de invalidar atos legislativos em razão de sua inconstitucionalidade? Em quais circunstâncias a Suprema Corte deve ser deferente aos resultados do processo político majoritário? Quais razões institucionais justificam uma atuação mais comedida?

Este trabalho pretende discutir os limites da aplicação judicial do direito constitucional, tema que tangencia todas essas questões. O problema de pesquisa é teórico, embora casos judiciais sejam eventualmente invocados para ilustrar alguns aspectos específicos. O assunto será abordado com base na obra de dois autores de referência, Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein, cujas formulações teóricas sobre interpretação constitucional receberam as denominações de direito como integridade e de acordos incompletamente teorizados, respectivamente. Ambos são juristas que compartilham posições semelhantes no espectro político dos Estados Unidos, o que torna viável a comparação de suas visões.

Cabe notar que ambos manifestaram-se sobre a questão do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Dworkin tem uma opinião enfaticamente favorável ao reconhecimento desse direito, pois sustenta que a restrição coloca as pessoas homossexuais em situação de subordinação, o que é inconsistente com a ideia compartilhada de dignidade humana (DWORKIN, 2006b). Ele não apresenta – e, como se discutirá adiante, sua teoria normativa da decisão judicial seria incompatível com – uma objeção ao protagonismo judicial na correção desse cenário de injustiça. Pelo contrário, considera que as pessoas homossexuais fazem parte de um grupo minoritário cujos direitos são protegidos de eventuais excessos da maioria pelo constitucionalismo. Já Sunstein, embora concorde, no mérito, com a opinião de Dworkin, levanta dúvidas quanto ao papel da Suprema Corte nesse processo, as quais se aproximam da preocupação da ministra Sonia Sotomayor:

⁴ Diz-se na língua original: “If the issue is letting the states experiment and letting the society have more time to figure out its direction, why is taking a case now the answer?” (SOTOMAYOR apud BARNES, 2013)

O caso da homossexualidade é similar. Suponha que uma pessoa acredite (como eu acredito) que homossexuais são um grupo politicamente vulnerável, e que leis discriminatórias contra homossexuais são inconsistentes com a cláusula de igual proteção da Constituição dos Estados Unidos. Suponha que uma pessoa conclua (como eu concluiria) que a cláusula de igual proteção, corretamente interpretada, proíbe leis contra casamentos de pessoas do mesmo sexo ou contra a restrição a pessoas homossexuais servirem nas Forças Armadas. Não segue de forma alguma que a Suprema Corte deva anunciar esse fato agora ou assim que puder. Ao invés disso, a Corte deve proceder cautelosamente, estreitamente, e com os casos mais fáceis. (SUNSTEIN, 1996, p. 181, tradução livre)⁵

O exemplo permite observar com clareza onde se encontra a principal divergência entre os dois autores contrapostos neste trabalho: o papel da Suprema Corte na ordem constitucional, o escopo e os limites de sua atuação. Esse aspecto influencia de maneira determinante as concepções de interpretação constitucional elaboradas por cada um deles. Isso justifica também a relevância do referencial teórico para a abordagem do tema que se pretende debater neste trabalho. Por um lado, o direito como integridade, tido por uma teoria “perfeccionista”, recomenda que os casos constitucionais sejam resolvidos por referência a princípios de moralidade política que permitam ver a prática jurídica como um todo sob sua melhor luz. Por outro, o minimalismo, teoria sobre interpretação constitucional de que fazem parte os acordos incompletamente teorizados, sugere a justificação em bases menos ambiciosas e pode ser considerado “o mais sofisticado e extenso ataque não-originalista à [...] teoria constitucional perfeccionista”, de acordo com Benjamin C. Zipursky (ZIPURSKY, 2006, p. 3006, tradução livre).⁶

O texto desenvolve-se em dois capítulos. O primeiro tem por objetivo estabelecer as premissas para a melhor compreensão possível das diferenças entre o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados. Por isso, inicia com a constatação de que essas teorias foram desenvolvidas em um contexto específico, para resolver problemas da tradição constitucional dos Estados Unidos, o que sugere o abandono de qualquer pretensão irrefletida de universalização. O primeiro tópico busca descrever em linhas gerais as origens e as características gerais do controle de constitucionalidade no direito constitucional norte-americano. Traçada essa visão panorâmica, passa-se a discutir o papel institucional que Dworkin e que Sunstein atribuem à Suprema Corte dos Estados Unidos. O capítulo termina com uma breve exposição sobre as concepções de legitimidade defendida por esses autores.

⁵ “The case of homosexuality is similar. Suppose that one believes (as I do) that homosexuals are a politically vulnerable group, and that laws discriminating against homosexuals are inconsistent with the equal protection clause of the United States Constitution. Suppose one concludes (as I would) that the equal protection clause, rightly interpreted, forbids laws against same-sex marriage or preventing homosexuals from serving in the military. It does not at all follow that the Supreme Court should announce this fact now or as soon as it can. Instead the Court ought to proceed cautiously, narrowly, and with the easiest cases.” (SUNSTEIN, 1996, p. 181)

⁶ “[...] the most sophisticated and extensive non-originalist attack on this kind of perfeccionist constitutional theory” (ZIPURSKY, 2006, p. 3006)

O segundo capítulo visa a debater problemas específicos suscitados pelo confronto entre as duas teorias. Depois de uma introdução que pretende ajudar a revelar os pontos exatos em que parece haver divergência, o trabalho concentra-se em uma tentativa de responder às provocações de Manuel Atienza em seu livro *Curso de Argumentación Jurídica* (2013, p. 633-637), no qual este autor propõe um roteiro para a contraposição teórica que aqui se realizará por intermédio das seguintes perguntas:

- 1) Implica essa teoria de Sunstein dos acordos incompletamente teorizados uma crítica ao ativismo judicial? Queria ele dizer então que o modelo do juiz Hércules defendido por Dworkin (e, como vimos, criticado por Sunstein) promove o ativismo judicial?
- 2) Quais são as razões de tipo “institucional” que dá Sunstein para defender sua posição favorável aos acordos incompletamente teorizados? São razões significativas?
- 3) Tem razão Sunstein em sua crítica às teorias “coerentistas” do Direito como a de Dworkin (o Direito como integridade)? Em certo momento de sua exposição, Sunstein vem a dizer que no Direito, o máximo a que cabe aspirar é uma “coerência local”: É assim?
- 4) Sunstein assinala que sua ideia dos acordos incompletamente teorizados está próxima da de “consenso por sobreposição” de Rawls (o Rawls das últimas obras: de *El liberalismo democrático*), mas ele está mais interessado em acordos sobre questões particulares, enquanto Rawls concentra-se no acordo a propósito de princípios políticos comuns, abstratos [...]. Poderia se dizer que se trata da maneira típica de um jurista (no caso de Sunstein) ou de um filósofo (no de Rawls) de resolver um mesmo problema de nossas sociedades: o pluralismo? Por outro lado, ambas as ideias se contraporiam à de “equilíbrio reflexivo” defendida por Rawls em *Una teoría de la justicia* e que supõe uma concepção de Direito (e da razão prática) de tipo coerentista, como a de Dworkin. Se fosse assim, qual das duas alternativas é preferível para o Direito? (ATIENZA, 2013, p. 636-637, tradução livre)

Dessa maneira, o primeiro tópico do capítulo tenta explicar o que são acordos incompletamente teorizados e em que medida eles podem ser considerados uma crítica ao ativismo judicial. Em seguida, são expostas as razões institucionais que Sunstein oferece em favor de sua concepção de interpretação constitucional, o minimalismo baseado em acordos incompletamente teorizados. Invertendo a ordem dos últimos dois questionamentos de Atienza, o terceiro tópico apresenta a inspiração que tanto Dworkin quanto Sunstein buscam nas ideias de John Rawls, especialmente nas noções de equilíbrio reflexivo e de consenso sobreposto. Por fim, discute-se a exigência de coerência da argumentação jurídica na visão dos dois autores.

Conclui-se que, em vários aspectos, as teorias formuladas pelos autores de referência são mais próximas do que parecem na superfície. É deixada em aberto a questão da possibilidade de uma teoria intermediária ou de uma visão conciliatória das divergências existentes entre elas. São formuladas de modo meramente especulativo algumas hipóteses, que podem vir a orientar pesquisas futuras.

2. O PAPEL DA SUPREMA CORTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA

Visões distintas acerca da interpretação constitucional e do papel institucional do Poder Judiciário, em geral, e da Suprema Corte, em particular, não surgem fora de determinado contexto, mas dependem do compartilhamento, em certa comunidade política concreta, de premissas que compõem um pano de fundo linguístico e que tornam possível a comunicação. Diferentes teorias no campo da filosofia constitucional ligam-se, por isso, à ordem jurídica em que se desenvolvem de pelo menos duas maneiras. Em primeiro lugar, são influenciadas pelo ordenamento, na medida em que o processo de interpretação da prática constitucional é guiado pela história do texto e pela tradição. Em segundo, elas procuram influenciá-lo, seja para testar e criticar a prática atual como um todo ou para elucidar problemas específicos enfrentados por essa comunidade.⁷

Em razão disso, pode-se atingir uma melhor compreensão a respeito das teorias sobre as quais este trabalho tratará – o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados – se esse estudo for precedido por algumas considerações relativas à origem e às características gerais do controle de constitucionalidade no direito constitucional norte-americano, em cujo contexto Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein desenvolveram suas ideias sobre interpretação constitucional. Por conseguinte, o propósito deste capítulo é oferecer as bases para um melhor entendimento da obra desses autores e estabelecer um recorte temático, afastando a discussão de qualquer pretensão universalista. Em que medida o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados poderiam ser aplicados ao direito constitucional brasileiro, portanto, é uma questão que será deixada em aberto.

O direito constitucional não se resume ao texto da constituição nem às decisões dos tribunais constitucionais. Também não pode ser reduzido ao controle de constitucionalidade. Com efeito, a constituição, ao estabelecer a estrutura institucional básica de governo e ao lançar os principais direitos fundamentais que protegem as pessoas, vincula o Poder Legislativo e o Executivo, os governos estaduais, assim como aos membros da Suprema Corte. Além disso, “boa parte do ‘direito’ constitucional consiste em acomodações informais

⁷ “Gadamer responds to this dilemma [como saber quais interpretações são boas se não há um significado geral que esteja acima de qualquer interpretação?] by pointing out that a process of genuine interpretation – as distinct from a mere projection of personal meaning – is guided by the *effective history* of the text. Over time, the process of applying a text generates an authoritative tradition of interpretation. This tradition guides the interpreter – assuming, of course, that he or she has been properly immersed in it. The tradition is authoritative because it has withstood the test of time, or rather, the test of repeated interpretation. In this way, traditional and novel interpretations of a text reciprocally check each other; for every genuine interpretation of the tradition involves a simulated dialogue between that tradition and the interpreter. The interpreter questions aspects of the tradition that seem anachronistic, or incapable of fitting into her own contemporary understanding. Likewise, the tradition as a whole resists being easily assimilated to the interpreter’s personal horizon of understanding, thereby forcing the interpreter to question her own prejudices.” (INGRAM, 2006, p. 42)

e práticas históricas entre várias partes do governo nacional e entre o governo federal e os estados” (STONE *et al.*, 2009, p. 1, tradução livre).⁸ Essa advertência inicial – no sentido de que o direito constitucional é intrinsecamente aberto à tradição e aos arranjos consolidados pela própria prática, em especial em um sistema que integra a família da *common law* – revela-se indispensável a despeito do fato de que este trabalho se concentra no papel da Suprema Corte na aplicação judicial do direito constitucional.

A fim de estabelecer as bases sobre as quais será estudado o tema central, o capítulo será dividido em três tópicos principais. Em primeiro lugar, será realizada uma exposição acerca da origem histórica da constituição dos Estados Unidos e do controle de constitucionalidade nesse país. Em seguida, será avaliado o papel institucional da Suprema Corte na estrutura básica de governo estabelecida pela constituição, levando em consideração a sugestão de que o tribunal, na visão de Dworkin, é o fórum de princípios. Por fim, serão esboçadas duas concepções distintas da legitimidade da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade – uma que a liga à igualdade e outra à estrutura institucional.

2.1. Origem e características gerais do controle de constitucionalidade (*judicial review*) no direito constitucional norte-americano

A promulgação da constituição norte-americana foi precedida por alguns eventos que são importantes para compreendê-la. A Revolução Americana, como ficou conhecido o período histórico relacionado à luta pela independência das colônias inglesas norte-americanas que vieram a compor os Estados Unidos, foi “parte da bem conhecida questão da injusta tributação por parte do parlamento inglês” (FIORAVANTI, 2001, p. 104, tradução livre). Os colonos norte-americanos, que já consideravam legítima as formas de representação política exercidas por suas próprias assembleias, invocaram as tradições constitucionais inglesas contra a edição das leis que consideravam injustas, tais como o *Sugar Act*, de 1764, e o *Stamp Act*, de 1765, enfatizando a máxima de que não poderia haver tributação sem representação política (FIORAVANTI, 2001, p. 104):

⁸ Confira-se o que diz o texto original: “It is crucial to understand, however, that American constitutional law concerns many topics other than judicial review and the role of the Supreme Court. The Constitution sets up a framework of relations that often have little or nothing to do with federal judiciary. It binds members of Congress, the executive branch, and state government as well as Supreme Court justices. It therefore imposes on them the responsibility of obeying constitutional requirements – regardless of whether a litigated case deals with the question. Moreover, much of constitutional ‘law’ consists of informal accommodations and historical practices among the various parts of the national government and between the federal government and the states. Consider, for example, the extent to which power over foreign affairs is shared not because of constitutional text but because of traditions that have grown up between Congress and the executive branch. Those accommodations and practices in turn play an important role in Supreme Court decisions when and if the issues are litigated.” (STONE *et al.*, 2009, p. 1)

A Revolução Americana nasce sobre o lema da oposição da constituição à lei do parlamento. Assim, nas deliberações da Assembleia da Virgínia de 30 de maio de 1765 podemos ler que o ato impositivo de tributos por parte do parlamento inglês deve ser considerado “ilegal, inconstitucional e injusto”. É a primeira vez que o termo-conceito de “constituição” é adotado contra a lei em sentido plenamente normativo com a explícita intenção de considerar essa lei inválida, não geradora de uma obrigação legítima.

[...] Inaugura-se assim um tipo de argumentação que depois – no curso da revolução – será muito popular, com a qual se tentava sustentar a superioridade da constituição a partir de uma base dupla: a tradicional da constituição inglesa e dos direitos absolutos dos *britishmen*, e a nova do poder constituinte e dos direitos naturais dos indivíduos. (FIORAVANTI, 2001, p. 104-105, tradução livre).

Isso oferece uma chave de leitura para a Declaração de Independência redigida por Thomas Jefferson e assinada em 1776. Jefferson publicou em 1774 um texto em que explicava os direitos dos *britishmen* na colônia americana, argumentando que a constituição concedia ao povo a prerrogativa de impor seu poder constituinte naquelas situações em que se observa a tirania do governo e o desrespeito aos direitos dos indivíduos, sem pregar, no entanto, a ruptura com a constituição inglesa. A Revolução Americana foi vista como uma necessidade, após todas as tentativas de manter as colônias “dentro do universo histórico-cultural dos *britishmen*, que evidentemente é ainda assumida como um valor positivo do qual dificilmente será possível separar-se completamente” (FIORAVANTI, 2001, p. 105, tradução livre). Esses dois elementos – a tradição inglesa, por um lado, e os direitos naturais, por outro, são articulados nas primeiras linhas da Declaração da Independência:

Quando, no curso dos eventos humanos, torna-se necessário para um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro e assumir, entre os poderes da Terra, a posição igual e separada a que as leis da natureza e as do Deus da natureza lhes conferem direito, um respeito decente às opiniões da humanidade requer que eles declarem as causas que os impelem à separação.

Nós consideramos estas verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que para assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer forma de governo se torna destrutiva desses fins, é o direito do povo alterá-lo ou aboli-lo e instituir novo governo, fundando-o em tais princípios e organizando seus poderes em tal forma que lhes pareça mais provável para realizar sua segurança e felicidade. A prudência, com efeito, recomenda que governos há muito estabelecidos não devem ser alterados à luz de causas transitórias; e assim sendo toda experiência tem mostrado que a humanidade está mais propensa a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagrar abolindo as formas a que está acostumada. Porém, quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-la ao despotismo absoluto, é o seu direito, é o seu dever, abolir esse governo e prover novos guardiões para sua futura segurança. Este tem sido o sofrimento paciente destas colônias; e esta é agora a necessidade que as força a alterar os sistemas anteriores de governo. A história do atual Rei da Grã-Bretanha é uma história de repetidos danos e

usurpações, todos tendo como objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados.⁹

As hostilidades com a Inglaterra praticamente cessaram após a campanha de Yorktown, em 1781, ano em que as treze colônias ratificaram os Artigos da Confederação. Eles orientaram a relação entre elas durante sete anos, quando vieram a ser substituídos pela constituição escrita em 1787 e ratificada em 1789. Os Artigos da Confederação garantiam, em sua primeira cláusula substantiva, que os estados “mantém sua soberania, liberdade e independência e qualquer poder, jurisdição e direito que não são por essa confederação expressamente delegados aos Estados Unidos, em Congresso reunidos” (STONE *et al.*, 2009, p. 9, tradução livre).¹⁰ Entre as competências da União, destacam-se o poder exclusivo de declarar guerra ou celebrar a paz, de regular o valor da moeda, de controlar as relações com as tribos indígenas, de estabelecer os serviços postais e de indicar funcionários do serviço federal.

Havia algumas lacunas evidentes: “Dois dos mais importantes poderes do governo nacional moderno estavam faltando por completo – o poder de tributar e o poder de regular o comércio” (STONE *et al.*, 2009, p. 9, tradução livre).¹¹ De fato, o orçamento da União era composto exclusivamente pelos valores que lhe eram repassados pelos estados, sendo que muitos deles deixaram de contribuir após o fim da guerra contra a Inglaterra. Os Artigos da Confederação também não instituíam dois ramos de governo – o Executivo e o Judiciário. O poder distribuía-se pela periferia, sendo o Congresso Continental o único órgão do governo federal. As casas legislativas de cada estado dominavam o cenário político. Suas atribuições simbolizavam o exercício do poder político pelo povo, em contraposição à tirania que marcou o período anterior à independência (KRAMMICK, 1993, *passim*). Já que prevalecia a visão de liberdade irrestrita, as constituições dos estados não eram consideradas documentos jurídicos de tipo superior. Pelo contrário, tinham o mesmo procedimento de modificação que todas as demais formas de legislação (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 150).

O Congresso Continental “não tinha poderes para exigir o cumprimento das leis que baixava, cuja aplicação e punição dos eventuais desobedientes ficava a cargo dos Estados”

⁹ Declaração de Independência dos Estados Unidos disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html. Acesso em: 01 nov. 2013. Tradução livre.

¹⁰ “To understand the Constitution and the surrounding debates on its purposes and effects, it is useful to have some understanding of the Articles of Confederation, which the Constitution replaced. The Articles were adopted shortly after the Revolution in order to ensure some unification of the states regarding common foreign and domestic problems, but the overriding understanding was that the states would remain sovereign. The first substantive provision of the Articles announced that ‘each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.’” (STONE *et al.*, 2009, p. 9)

¹¹ Diz-se no original: “Two of the most important powers of the modern national government were missing altogether – the power to tax and the power to regulate commerce.” (STONE *et al.*, 2009, p. 9)

(LIMONGI, 2006, p. 247). Alexander Hamilton, no Federalista n. 15,¹² concluiu que, em verdade, não havia um governo central e que as leis emanadas pelo Congresso não passariam de recomendações sem caráter vinculativo para os estados e seus cidadãos:

Governo implica o poder de fazer leis. É essencial à ideia de uma lei que ela seja acompanhada por uma sanção; ou, em outras palavras, uma penalidade ou punição por desobediência. Se não houver punição alguma associada à desobediência, as resoluções ou ordens que pretendem ser leis não passarão, de fato, que mero conselho ou recomendação. Essa punição, seja ela qual for, só pode ser executada de dois modos: por meio dos tribunais e agentes da justiça ou por força militar; pela *coerção* da magistratura ou pela *coerção* das armas. O primeiro tipo, evidentemente, só pode ser aplicado a homens; o segundo deve necessariamente ser empregado contra corpos políticos, ou comunidades, ou Estados. É evidente que nenhum procedimento de um tribunal é capaz de assegurar em última instância a observância das leis. Sentenças podem ser pronunciadas contra eles por violações de seus deveres; estas, porém, só podem ser executadas pela espada. Numa associação onde a autoridade geral está limitada aos corpos coletivos das comunidades que a compõem, cada infração das leis envolve necessariamente um estado de guerra; e a execução militar tornar-se inevitavelmente o único instrumento de obediência civil. Tal estado de coisas certamente não pode merecer o nome de governo, e nenhum homem prudente optaria por confiar a ele sua felicidade. (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 162)

Com efeito, a desobediência aos Artigos da Confederação foi generalizada após o fim da Revolução Americana. Muitos estados imprimiam seu próprio dinheiro e promulgavam leis tributárias contrárias aos interesses dos vizinhos. Além disso, “nove dos treze tinham sua própria marinha, e frequentemente apreendiam navios de outros Estados. Havia contínua disputa sobre limites, além de reivindicações conflitantes sobre os territórios do Oeste” (KRAMMICK, 1993, p. 11-12). Em abril de 1787, preparando-se para a Convenção Constitucional, James Madison escreveu um manifesto em que descreve o seu ponto de vista acerca dessa situação. Entre os onze pontos enumerados por ele, incluem-se o descumprimento, por parte dos estados, dos Artigos da Confederação; a usurpação da autoridade federal, exemplificada pelas guerras e tratados da Geórgia com os indígenas, pelos convênios celebrados entre Virginia e Maryland e entre Pensilvânia e New Jersey sem autorização e pelas tropas mantidas por Massachusetts; transgressão aos direitos de outros estados, como no favorecimento de embarcações pertencentes ao próprio estado ou a seus habitantes na utilização de determinados portos; pela inexistência de garantias contra a violência interna e de sanções para a inobservância das leis da Confederação; e pela injustiça das leis adotadas pelos estados.

¹² “O Federalista” é composto por uma série de oitenta e cinco ensaios publicados a partir de 27 de outubro de 1787 e durante os dez meses seguintes na imprensa de Nova York por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, todos sob o mesmo pseudônimo: *Publius*. O objetivo desses ensaios era persuadir o público de que deveria ser ratificada a constituição esboçada em Filadélfia entre maio e setembro daquele ano. Havia entre os três autores alguma discordância quanto a alguns pontos específicos, mas todos concordavam que a constituição proporcionaria um ordenamento jurídico superior àquele vigente sob os Artigos da Confederação (KRAMMICK, 1993; LIMONGI, 2006).

Houve, no outono e no inverno de 1786, um evento em Massachusetts que, para alguns delegados da Convenção Constitucional, simbolizou o entusiasmo excessivo com a liberdade dos estados após a independência. Ocorreu uma rebelião liderada por um ex-capitão do exército chamado Daniel Shays: “Multidões de lavradores duramente pressionados por dívidas tentaram impedir que os tribunais dos condados se reunissem. Quando receberam ordens para se dispersar e foram declarados criminosos, os homens de Shays tentaram capturar um arsenal federal” (KRAMMICK, 1993, p. 20), sendo posteriormente perseguidos por milícias financiadas por comerciantes. Embora os seguidores de Shays não tivessem por objetivo derrubar o governo de Massachusetts, mas cancelar suas dívidas, a rebelião “despertou um sentimento de crise fora do Estado” (KRAMMICK, 1993, p. 20), nutrindo as convicções daqueles que propunham uma reforma constitucional. Esse teria sido, aliás, o episódio que convenceu George Washington a participar da Convenção Constitucional, a qual viria a presidir posteriormente. Madison, em uma correspondência dirigida a seu pai, manifestou a preocupação com “fortes indícios de que cogitam de uma abolição das dívidas, públicas e privadas, e de uma nova divisão da propriedade” (MADISON apud KRAMMICK, 1993, p. 20). Pode-se, então, tomar a rebelião de Massachusetts como uma ilustração do problema com as facções exposto por Madison no Federalista n. 10, como será visto em detalhes um pouco mais adiante.

O caminho que culminou com a Convenção Constitucional começou com “uma disputa comercial entre Virgínia e Maryland a respeito da tributação sobre embarque de carga no rio Potomac e na baía de Chesapeake” (KRAMMICK, 1993, p. 21). Em 1784, Madison, por iniciativa própria, reuniu as partes para um acordo que veio a estabelecer o compromisso de cobrar tarifas uniformes. Entretanto, permaneciam em aberto problemas que atingiam os demais estados. Em 1786, muitos líderes concordavam quanto a necessidade de que se reformassem os Artigos da Confederação. Madison convenceu o Poder Legislativo de seu estado a convocar uma reunião para a discussão de problemas comerciais. Representantes de cinco estados encontraram-se em Anápolis (Maryland) e adotaram, ao final, uma resolução para realizar em Filadélfia uma Convenção com o objetivo de avaliar a situação dos Estados Unidos e recomendar as modificações dos Artigos da Confederação que fossem necessários para a constituição do governo federal e para as exigências da União (KRAMMICK, 1993, p. 21; STONE *et al.*, 2009, p. 12).

Apesar do objeto limitado da Convenção Constitucional – a qual desrespeitou o procedimento de emenda previsto nos Artigos da Confederação –, o documento proposto introduziu inúmeras diferenças relevantes: “a criação de um ramo executivo; a concessão ao

Congresso dos poderes para tributar e para regular o comércio; e a criação de um judiciário federal, incluindo a Suprema Corte e, se o Congresso escolhesse, cortes federais inferiores” (STONE *et al.*, 2009, p. 12, tradução livre).¹³ A constituição, assim, incorporou “o triunfo do centro sobre a periferia e o triunfo do princípio dos controles e equilíbrios sobre o princípio da supremacia legislativa” (KRAMMICK, 1993, p. 24).

A teoria de política e de governo que a constituição refletia era o republicanismo, que constituía um dos fundamentos do pensamento político tanto daqueles que propunham a constituição quanto daqueles que a ela se opunham. A teoria republicana baseava-se em uma noção de virtude cívica – “a disposição dos cidadãos para subordinar seus interesses privados ao bem geral” (STONE *et al.*, 2009, p. 12, tradução livre).¹⁴ A constituição deveria estabelecer o autogoverno, desde que fosse de um tipo que não consistisse na perseguição de interesses privados ou de preferências agregadas, mas na seleção “dos valores que deveriam controlar a vida pública e privada” (STONE *et al.*, 2009, p. 13, tradução livre).¹⁵ A participação política dos cidadãos deveria ser ampla: eles deveriam engajar-se em um diálogo permanente, e o processo político não poderia ser limitado a eleições ou outras maneiras de expressão de preferências individuais.

Os opositores da constituição, conhecidos como antifederalistas, argumentavam que um poder central forte e a expansão do governo federal impediriam a homogeneidade e dedicação ao bem público necessários para que a forma de governo não degenerasse em tirania. Valiam-se das lições de Montesquieu, segundo o qual o modelo republicano era adequado apenas para territórios de pequena extensão, ao passo que o modelo monárquico seria o único capaz de proporcionar estabilidade a um governo sobre um território e uma população ampla. Os antifederalistas previam que o sistema representativo estabelecido pela constituição, necessário para que o projeto federalista pudesse ser considerado viável, alijaria as pessoas de uma participação efetiva nos assuntos públicos. Além disso, eles “eram também céticos quanto ao interesse emergente no desenvolvimento comercial que desempenhou um papel proeminente na decisão de abandonar os Artigos da Confederação” (STONE *et al.*, 2009, p. 14, tradução livre),¹⁶ pois o comércio faria surgir a ganância e dissolveria os laços comunitários, traindo, assim, os ideais da Revolução Americana. Em suma, “os

¹³ “The Constitution changed the framework set up by the Articles of Confederation in a number of ways. Among the most important changes were the creation of an executive branch; the grant of the powers to tax and to regulate commerce; and the creation of a federal judiciary, including the Supreme Court and, if Congress chose, lower federal courts.” (STONE *et al.*, 2009, p. 12)

¹⁴ “[...] the willingness of citizens to subordinate their private interests to the general good.” (STONE *et al.*, 2009, p. 12)

¹⁵ “[...] the values that ought to control public and private life.” (STONE *et al.*, 2009, p. 13)

¹⁶ “The antifederalists were also skeptical of the emerging interest in commercial development that played a prominent role in the decision to abandon the Articles of Confederation. In the antifederalist’s view, commerce was a threat to the principles underlying the Revolution, for it gave rise to ambition and avarice and thus the dissolution of communal bonds. Insofar as the proposed Constitution was designed to promote commerce and commercial mores, it would undermine the Revolution itself.” (STONE *et al.*, 2009, p. 14)

antifederalistas atacavam a constituição proposta pela razão de que ela era inconsistente com os princípios subjacentes do republicanismo” (STONE *et al.*, 2009, p. 14, tradução livre).¹⁷

Desse modo, as objeções antifederalistas provocaram uma justificação teórica que estabelecia uma nova concepção de política e que consistia em uma reformulação dos princípios do republicanismo que “tentava sintetizar elementos do republicanismo tradicional com uma teoria emergente que dava boas vindas ao invés de temer a heterogeneidade e que entendia a realidade de que o interesse particular seria frequentemente uma força motivadora para atores políticos” (STONE *et al.*, 2009, p. 14, tradução livre).¹⁸ Boa parte dessa reformulação encontra-se nos ensaios de *O Federalista*. No mais importante e mais comentado deles (LIMONGI, 2006, p. 252), James Madison alerta para o mal das facções, que são caracterizadas por “certo número de cidadãos, quer correspondam a uma maioria ou a uma minoria, unidos e movidos por algum impulso comum, de paixão ou de interesse, adverso aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade” (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 133-134). Para Madison, as facções fariam parte da própria natureza humana, já que as pessoas têm diferentes opiniões sobre religião, governo e muitos outros assuntos, são ligadas a diferentes líderes que buscam proeminência e poder ou a outras pessoas “cujos destinos excitaram as paixões humanas” (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 134). Há, portanto, vários motivos por que as pessoas dividem-se em facções.

No *Federalista* n. 10, Madison vislumbra dois remédios para o mal das facções. O primeiro consistiria em remover suas causas. Esse remédio seria pior do que a doença, pois exigiria a supressão de toda a liberdade ou a uniformização de todas as opiniões, paixões e interesses. O segundo consistiria em controlar os seus efeitos por meio da república, que se diferenciaria da democracia por permitir a delegação de poderes a representantes eleitos e por abranger um número de cidadãos e uma extensão territorial maior. A primeira diferença permitiria depurar as opiniões do povo, já que os representantes seriam escolhidos entre aqueles com maior sabedoria e patriotismo, sendo os menos propensos a sacrificar o interesse do país por considerações temporárias ou parciais. A segunda diferença permitiria reduzir o efeito das facções, porque a amplitude territorial e a dimensão populacional impediriam que uma delas formasse uma maioria capaz de oprimir outros grupos. Assim, aumentando a

¹⁷ “In sum, the antifederalists attacked the proposed Constitution on the ground that it was inconsistent with the underlying principles of republicanism.” (STONE *et al.*, 2009, p. 14)

¹⁸ “The antifederalist objections to the proposed Constitution provoked a theoretical justification that amounted in many respects to a new conception of politics [...]. That conception consisted of a reformulation of the principles of republicanism. The removal of the people from the political process, the creation of a powerful and remote national government, and the new emphasis on commerce – all of these threatened to undermine the purposes for which the Revolution had been fought.” (STONE *et al.*, 2009, p. 14)

quantidade de facções e interesses representados, tornar-se-ia menos provável um motivo comum para infringir os direitos de outros cidadãos. Essa seria uma das principais virtudes da forma de governo proposta pela constituição (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 133-139).

Madison, no Federalista n. 10, inverteu o argumento dos antifederalistas em seu desfavor. Para estes, o problema das facções encontrava-se na corrupção, que poderia ser superada apenas pela virtude cívica dos cidadãos e de seus representantes. Madison, por outro lado, mostrou que as facções não eram produto da corrupção, mas da liberdade. O problema não seria resolvido em uma república pequena, onde as facções teriam mais facilidade para tomar o poder e distribuir a riqueza e as oportunidades em seu favor. Na visão dos federalistas, era exatamente isso o que havia acontecido, nos anos que se seguiram à Revolução, com as leis aprovadas pelas legislaturas estaduais, compostas por homens de poucas posses, que concediam crédito barato, perdoavam devedores, revogavam contratos, confiscavam propriedade e suspendiam formas usuais de cobrança de dívidas (KRAMMICK, 1993, p. 17; STONE *et al.*, 2009, p. 19). As formas tradicionais de superação do mal das facções – a educação e o ensino de concepções da virtude cívica – seriam insuficientes, pois o interesse próprio faria parte da natureza humana. As diferenças e os desacordos não seriam danosos, mas essenciais para o sucesso da república deliberativa.

O sistema representativo e a extensão dos Estados Unidos não foram, contudo, as únicas garantias adotadas pela Convenção Constituinte contra o mal das facções:

Mesmo que O Federalista n. 10 seja tido por definir alguns temas centrais na nova Constituição, ele está longe de ser toda a história. A Constituição incorpora um conjunto de dispositivos projetados para acarretar representação com espírito público, para prover salvaguardas no caso de que ela esteja ausente, e para assegurar uma importante medida de controle popular. Os vários sistemas de representação nos diferentes ramos do governo nacional foram projetados para promover deliberação no governo e para controlar possíveis abusos. Ao reconhecer que a soberania encontrava-se no povo, os fundadores projetaram um sistema no qual nenhum ramo poderia falar com autoridade pelo próprio povo. Nessa visão, os dispositivos estruturais da Constituição podem ser vistos como uma espécie de declaração de direitos, projetada para proteger contra a tirania. (STONE *et al.*, 2009, p. 21, tradução livre)¹⁹

Assim, ao mesmo tempo em que estabelecia o Poder Executivo e o Judiciário em âmbito federal – que estavam ausentes nos Artigos da Confederação –, a constituição proposta pelos federalistas criou também um sistema de freios e contrapesos, tendo em vista que

¹⁹ “Even if The Federalist No. 10 is taken to set out some central themes in the new Constitution, it is far from the entire story. The Constitution embodies a set of structural provision designed to bring about public-spirited representation, to provide safeguards in the event that it is absent, and to ensure an important measure of popular control. The various systems of representation in the different branches of government were designed to promote deliberation in government and to control possible abuses. Recognizing that sovereignty lay in the people, the framers designed a system in which no branch could speak authoritatively for the people themselves. On this view, the Constitution’s structural provisions can be seen as a kind of bill of rights, designed to protect against tyranny.” (STONE *et al.*, 2009, p. 21)

mesmo os representantes em nível nacional poderiam sofrer influências que fossem incompatíveis com o bem-estar público. A distribuição horizontal das três funções principais do Estado foi influenciada pelo governo misto da Inglaterra, composto pela realeza, pela nobreza e pelo povo. Como a reprodução do modelo não seria possível nas antigas colônias, optou-se por medidas constitucionais que visavam a um grau equilibrado de autonomia e de vinculação entre os poderes, de modo que uns pudessem amenizar o exercício abusivo das funções dos outros (LIMONGI, 2006, p. 250-251). O argumento em favor do esquema institucional básico proposto pela constituição foi elaborado por James Madison no Federalista n. 51:

A grande garantia contra uma concentração gradual dos poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição. O interesse do homem deve estar vinculado aos direitos constitucionais do cargo. Talvez não seja lisonjeiro para a natureza humana considerar que tais estratégias poderiam ser necessários para o controle dos abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias.

Este esquema de suprir por interesses opostos e rivais a falta de melhores motivos pode ser encontrado em todo o conjunto das atividades humanas, tanto privadas quanto públicas. Nós o vemos particularmente exibido em todas as distribuições subordinadas de poder, onde a meta constante é dividir e organizar os vários cargos de forma tal que cada um possa exercer o controle sobre o outro – de tal modo que o interesse pessoal de cada indivíduo possa ser uma sentinela dos direitos públicos. Estas invenções da prudência não podem ser menos necessárias na distribuição dos poderes supremos do Estado. (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 359)

Nesse quadro de referências, o sistema de freios e contrapesos na distribuição horizontal dos poderes na estrutura federal teve por objetivo prevenir contra o mal das facções e contra a representação política em interesse próprio. O resultado é um sistema complexo de contrapesos: “Representação nacional, bicameralismo, eleições indiretas, distribuição de poderes e a relação entre a União e os estados operariam em conjunto para neutralizar os efeitos das facções a despeito da inevitabilidade do espírito partidário” (STONE *et al.*, 2009, p. 25, tradução livre).²⁰

Qual o papel do Poder Judiciário da Suprema Corte nesse esquema institucional? Como o controle de constitucionalidade encaixa-se nele? A constituição norte-americana

²⁰ “The result is a complex system of checks: National representation, bicameralism, indirect election, distribution of powers, and the federal-state relationship would operate in concert to counteract the effects of faction in spite of the inevitability of the factional spirit.” (STONE *et al.*, 2009, p. 25)

tratou da questão de forma sucinta. A competência do Poder Judiciário federal é definida no art. 3º, § 2º, da constituição, estendendo-se a todos os casos que surgirem sob a constituição, as leis dos Estados Unidos e os tratados e controvérsias entre estados ou entre cidadãos de diferentes estados.²¹ Ademais, em parte como uma reação às constituições estaduais, que eram tratadas como legislação ordinária, sofrendo críticas relacionadas à “enorme liberdade concedida às assembleias de alterar, de acordo com maiorias ocasionais e de paixões políticas do momento, as bases da Constituição” (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 151), o art. 5º previu um procedimento complicado de emenda constitucional²² e o art. 6º declarou que a constituição constituirá “a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”.²³

O controle de constitucionalidade pela Suprema Corte não foi previsto expressamente, ainda que pudesse em alguma medida ter sido antecipado pelos constituintes. Na década de 1780, os norte-americanos ainda não contavam com o léxico jurídico e político que permitiria a separação dos sistemas do direito e da política e viabilizaria o controle de constitucionalidade, visto que o aparato conceitual disponível ainda era aquele herdado da *common law* inglesa. Os estados incorriam em confusão acerca do caráter fundamental das constituições e a maioria da população sentia aversão pelo Poder Judiciário, cuja atuação tornava-se cada vez mais complexa, o que “afastaria o controle público dos atos judiciais e representaria a oportunidade para manipulação desenfreada do conteúdo das leis por profissionais versados no linguajar complexo e obscuro do *common law*” (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 153).

A defesa da ideia de que os juízes deveriam ser os guardiões da constituição foi realizada no Federalista n. 78, em que Alexander Hamilton explica como deve funcionar o controle difuso de constitucionalidade e por que esse é o melhor modelo. Um de seus

²¹ Constituição dos Estados Unidos: “Article III. [...] Section. 2. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;— between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso: 02 nov. 2013.

²² Constituição dos Estados Unidos: “Article V. The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress”. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso: 02 nov. 2013.

²³ Constituição dos Estados Unidos: “Article VI. [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso: 02 nov. 2013. Tradução disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso: 02 nov. 2013.

argumentos é a fraqueza do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, já que depende do Executivo para a execução das decisões judiciais e do Legislativo para a criação de normas gerais e abstratas que devem ser por ele aplicadas. Outro argumento utilizado por Hamilton consiste nos limites da representação política. A constituição delega aos legisladores uma margem de atuação que não pode ser ultrapassada legitimamente. Por fim, descreve o caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade, que visa a proteger grupos minoritários da opressão indevida e das rápidas mudanças políticas que poderiam em certas circunstâncias comprometer direitos inalienáveis. Os juízes possuiriam, de acordo com essa visão, garantias que lhes conferem independência para atuar como representantes do povo contra os excessos das maiorias de ocasião:

Não há posição fundada em princípios mais claros do que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a [*sic*] mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior do que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

[...] Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais. (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 480-481)

Apesar dos argumentos principais em favor do controle de constitucionalidade terem sido expostos no Federalista n. 78, publicado em 1788, “a consolidação da constituição como forma foi, sem dúvida, o caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803” (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 167). O caso foi decidido em meio a uma batalha política entre os federalistas e os republicanos:

O presidente federalista, John Adams, havia sido derrotado pelo candidato republicano, Thomas Jefferson, que veio a tomar posse no dia 04 de março de 1801. O Congresso federalista reagiu tentando, entre outras coisas, obter o controle do judiciário federal. Em 16 de fevereiro de 1801, aquele Congresso promulgou o *Circuit Court Act*, criando dezesseis novos juízes de primeira instância e eliminando as competências originárias da Suprema Corte. O Congresso também diminuiu o tamanho da Suprema Corte para negar ao presidente Jefferson o poder de indicar um sucessor ao ministro Cushing. Duas semanas depois o Congresso promulgou outra lei criando quarenta e dois cargos para juízes de paz no distrito de Columbia. O presidente Adams nomeou os juízes autorizados, que foram confirmados em 02 e 03 de março, apenas um dia antes do presidente Jefferson tomar posse. (STONE *et al.*, 2009, p. 37, tradução livre)²⁴

²⁴ “The Federalist President, John Adams, had been defeated by the Republican candidate, Thomas Jefferson, who was to take office on March 4, 1801. The Federalist Congress responded by, among other things, attempting to obtain control of the federal judiciary. On February 16, 1801, that Congress enacted the Circuit Court Act, creating sixteen new circuit judges and eliminating the circuit-riding duties of the Supreme Court. Congress also decreased the size of the Supreme Court in order to deny the incoming President Jefferson the power to

William Marbury foi um dos juízes de paz indicados no último momento pelo presidente John Adams. A confirmação pelo Senado, controlado pelos federalistas, deu-se no dia 03 de março de 1801, véspera da posse do presidente Thomas Jefferson. Embora os atos de nomeação já estivessem assinados, o presidente Jefferson – adversário político de John Marshall, que havia sido Secretário de Estado²⁵ do presidente Adams e que se tornou presidente da Suprema Corte por designação deste – recusou-se a entregá-los aos juízes indicados por Adams. Marbury, então, buscou uma ordem judicial (*writ of mandamus*) para compelir o Secretário de Estado James Madison, sucessor de Marshall no cargo, a entregar-lhe o ato de nomeação (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 167; STONE *et al.*, 2009, p. 29).

O caso veio a ser decidido pela Suprema Corte apenas em 1803, pois o Congresso republicano havia adiado as sessões de julgamento entre dezembro de 1801 e fevereiro de 1803 a fim de impedir que o tribunal invalidasse a lei que revogou o *Circuit Court Act* (STONE *et al.*, 2009, p. 37). Nessa época, enquanto o país tornava-se mais democrático, a Suprema Corte parecia “cada vez mais aristocrática e vulnerável ao ataque popular” (WOOD, 2009, p. 437). Entre 1789 e 1801, doze homens haviam sido ministros, entre os quais cinco renunciaram, incluindo dois presidentes. Marshall, em contrapartida, decidiu remediar a situação e consolidar a posição da Corte no esquema institucional básico estruturado pela constituição. A principal medida adotada por ele foi a extinção dos votos individuais, de modo que a Suprema Corte passasse a falar com uma única voz. Entre 1801 e 1805, o tribunal decidiu quarenta e dois casos, todos por unanimidade (WOOD, 2009, p. 437).

A decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*, redigida por John Marshall, divide-se em três partes. Em primeiro lugar, questiona se o peticionante teria direito à nomeação que pleiteava. Em segundo, se o direito norte-americano conferir-lhe-ia um remédio para a suposta violação a esse direito. Em terceiro e último lugar, se esse remédio seria um mandado (*mandamus*) emitido por esse tribunal. As duas primeiras perguntas foram respondidas em sentido afirmativo. A Suprema Corte afirmou que a assinatura, pelo presidente, do ato de nomeação aperfeiçoava a indicação ao cargo e que este ato não era revogável. Isso atribuía a Marbury um direito (*legal right*) que não lhe poderia ser negado. Além disso, ao analisar a segunda questão, o tribunal traçou uma distinção entre atos políticos, que estavam sujeitos à discricionariedade do presidente e daqueles que agiam em

appoint a successor to Justice Cushing. Two weeks later Congress enacted another statute creating forty-two positions for justices of the peace in the District of Columbia. President Adams nominated the authorized judges, who were confirmed on March 2 and 3, just one day before President Jefferson was to assume office.” (STONE *et al.*, 2009, p. 37)

²⁵ O cargo ocupado por Marshall, em inglês, denomina-se *Secretary of State*. Paixão e Bigliuzzi (2008) preferiram traduzir a expressão como “secretário de justiça”, talvez para evitar a confusão com as características atuais da Secretaria de Estado norte-americana, responsável principalmente pela condução da política externa dos Estados Unidos.

seu nome e podiam ser avaliados apenas politicamente, e deveres impostos pelo direito, dos quais depende a realização de direitos individuais. Uma vez que Marbury teria o direito a uma cópia do ato de nomeação assinada, a recusa em entregá-la era uma evidente violação a seu direito adquirido, o que lhe possibilitava obter um remédio pela via judicial.

Até esse ponto, “uma colisão com o presidente Jefferson parecia iminente, mas quando Marshall perguntou e respondeu a terceira questão ele sabiamente tergiversou” (WOOD, 2009, 441, tradução livre).²⁶ Marshall “havia percebido que, se a Suprema Corte determinasse a nomeação de Marbury, correria o risco de ver sua decisão simplesmente desrespeitada por Madison (incentivado, nessa postura, pelo presidente Jefferson)” (PAIXÃO e BIGLIAZZI, 2008, p. 169). O presidente da Suprema Corte respondeu a terceira questão em sentido negativo, sob a alegação de que o dispositivo do *Judiciary Act* que concedia ao tribunal o poder para emitir o *writ* era inconstitucional, pois o Congresso não tinha autoridade para alterar a jurisdição da Suprema Corte prevista no art. 3º da constituição. Os fundamentos da decisão, nesse ponto, criaram e justificaram o controle de constitucionalidade (*judicial review*) exercido pelo Poder Judiciário contra os atos do Legislativo. Marshall assinalou a supremacia da constituição sobre a legislação ordinária, o que limitava os poderes do governo. Um ato contrário à constituição era completamente nulo, pois o contrário na prática significaria a onipotência da legislatura. Uma vez estabelecida a supremacia da constituição, Marshall diz a quem incumbe declarar a inconstitucionalidade dos atos que a contrariassem:

Assim, se uma lei está em oposição à constituição; se tanto a lei quanto a constituição aplicam-se ao caso particular, de modo que a corte tenha de decidir a questão em conformidade com a lei, desconsiderando a constituição; ou em conformidade com a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas normas conflitantes rege o caso. Essa é a verdadeira essência do dever judicial. Se, então, as cortes têm por obrigação atender à constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não esse ato ordinário, deve governar o caso a que ambos se aplicam. (STONE *et al.*, 2009, p. 35, tradução livre)²⁷

A Suprema Corte anunciou, assim, sua própria autoridade para declarar a nulidade da legislação contrária à constituição. A primeira fonte dessa autoridade “assentava-se na ideia de direito fundamental e sua encarnação em uma constituição escrita” (WOOD, 2009, p. 444, tradução livre). No século XVIII, os juristas ingleses e norte-americanos reconheciam alguma forma de direito fundamental como “um guia para a correção moral e constitucionalidade da

²⁶ “A collision with President Jefferson seemed imminent, but when Marshall asked and answered his third question he wisely evaded it.” (WOOD, 2009, p. 441)

²⁷ “So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” (STONE *et al.*, 2009, p. 35)

legislação ordinária e da política” (WOOD, 2009, p. 444, tradução livre).²⁸ Entretanto, a maioria das pessoas acreditava que a constituição era obrigatória para todos os departamentos do Estado. Não era de maneira alguma evidente “que o Judiciário tinha qualquer poder especial ou único de invocar essa norma obrigatória a fim de limitar os demais departamentos do governo, particularmente legislaturas” (WOOD, 2009, p. 445, tradução livre).²⁹ Tanto James Madison quanto Thomas Jefferson “permaneceram convencidos até o final de suas vidas de que todas as partes do governo dos Estados Unidos tinham autoridade igual para interpretar o direito fundamental da Constituição” (WOOD, 2009, p. 445, tradução livre).³⁰

Em outras palavras, muitos revolucionários e fundadores ainda pensavam que direito fundamental, mesmo quando expresso em uma constituição escrita, era tão fundamental, tão diferente em natureza do direito ordinário, que sua invocação tinha de ser essencialmente um exercício político excepcional e delicado, e não uma parte da atividade judicial cotidiana. (WOOD, 2009, p. 446, tradução livre)³¹

Havia, portanto, uma sensação muito difundida de que a autoridade para declarar a nulidade de atos legislativos não poderia ser considerada uma questão banal. Um dos ministros da Suprema Corte naquela época, William Paterson, disse que as leis deveriam ser presumidas válidas sempre que o contrário não for claramente demonstrado e que a Suprema Corte poderia pronunciar a nulidade apenas nos casos em que houvesse “uma violação clara e inequívoca da constituição, não uma insinuação dúbia e argumentativa” (WOOD, 2009, p. 447, tradução livre)³² – sugestão que guarda uma semelhança notável com a tese desenvolvida por Cass R. Sunstein, conforme será discutido neste trabalho.

Por isso, Gordon Wood (2009) afirma que a justificação para o controle de constitucionalidade não poderia repousar, por si só, na ideia de uma constituição escrita, tal como afirmava Marshall na decisão do caso *Marbury*, “mas na transformação desse direito fundamental escrito no tipo de norma que poderia ser interpretada e construída no sistema judiciário ordinário” (WOOD, 2009, p. 448, tradução livre).³³ Diz o autor:

²⁸ “The first and most conspicuous source of something as significant and forbidding as judicial review lay in the idea of fundamental law and its embodiment in a written constitution. Almost all eighteenth-century Englishmen on both sides of the Atlantic had recognized something called fundamental law as a guide to the moral rightness and constitutionality of ordinary law and politics.” (WOOD, 2009, p. 444)

²⁹ “It was not immediately evident to Pendleton or to others, however, that the judiciary had any special or unique power to invoke this obligatory rule in order to limit the other department of the government, particularly the legislatures.” (WOOD, 2009, p. 445)

³⁰ “Both Jefferson and Madison remained convinced to the end of their lives that all parts of America’s government had equal authority to interpret the fundamental law of the Constitution” (WOOD, 2009, p. 445).

³¹ “In other words, many Revolutionaries and Founders still thought that fundamental law, even when expressed in a written constitution, was so fundamental, so different in kind from ordinary law, that its invocation had to be essentially an exceptional and delicate political exercise and not a part of routine judicial business.” (WOOD, 2009, p. 446)

³² “For the Supreme Court ‘to pronounce any law void’, said Paterson, there ‘must be a clear and unequivocal breach of the constitution, not a doubtful and argumentative implication.’” (WOOD, 2009, p. 447)

³³ “Thus the source of judicial review lay not in the idea of fundamental law or in written constitutions, but in the transformation of this written fundamental law into the kind of law that could be expounded and construed in the ordinary court system.” (WOOD, 2009, p. 448)

As implicações dessa transformação foram importantes. Uma vez que a Constituição tornou-se um documento jurídico ao invés de político, o controle de constitucionalidade, mas não a supremacia judicial, tornou-se inevitável. O segredo do sucesso de Marshall foi sua suposição inquestionada de que a Constituição era apenas uma lei. Porque, como ele disse, era “enfaticamente o domínio e o dever do departamento judicial dizer o que é o direito”, tratar a Constituição como mera regra jurídica que deveria ser explicada e interpretada e aplicada a casos particulares como uma lei ordinária sugeria que os juízes norte-americanos tinham uma autoridade especial para interpretar constituições que os outros ramos do governo não possuíam. (WOOD, 2009, p. 448-449, tradução livre)³⁴

O presidente Thomas Jefferson discordava de Marshall. Para ele, a constituição era principalmente um documento político. Os juízes não só não detinham o monopólio da interpretação constitucional, como o seu poder deveria ser restritivamente limitado. Assim, a legislação deveria ser precisa e os juízes deveriam cingir-se à aplicação estrita dos seus termos (WOOD, 2009, p. 449). Os princípios que justificavam o controle de constitucionalidade, nos anos iniciais da República, eram altamente partidários: “compartilhados pela maioria dos federalistas, mas não pela maioria dos republicanos e provavelmente não pela massa do povo norte-americano” (WOOD, 2009, p. 452, tradução livre).³⁵ A fim de dissociar o controle de constitucionalidade das causas políticas dos federalistas, fez-se necessária a separação do direito da política. A jurisdição precisou afastar-se das paixões e dos interesses da política e desenvolver-se como uma profissão jurídica que opera separada e imparcialmente:

Juristas e políticos no início da República começaram a traçar linhas em torno do que era político ou legislativo e do que era jurídico ou judicial e a explicar as distinções pela doutrina da separação de poderes. Em sua decisão do caso *Marbury*, Marshall claramente traçou essa distinção. Algumas questões eram políticas, ele disse; “elas dizem respeito à nação, não aos direitos individuais,” e portanto eram “apenas politicamente examináveis.” Porém, questões envolvendo direitos adquiridos de indivíduos eram diferentes; elas eram, em sua “natureza, judiciais, e devem ser apreciadas pela autoridade judicial.” Transformando todas as questões de direitos individuais em problemas exclusivamente judiciais, Marshall apropriou uma enorme quantidade de autoridade para as cortes. Afinal, até Jefferson, em 1789, havia admitido a autoridade dos juízes, “mantida estritamente em seu próprio departamento,” para proteger os direitos de indivíduos. Claramente, Jefferson não havia antecipado a noção expansiva de direitos de Marshall. (WOOD, 2009, p. 458, tradução livre)³⁶

³⁴ “The implications of this transformation were momentous. Once the Constitution became a legal rather than a political document, judicial review, although not judicial supremacy, became inevitable. The secret of Marshall’s success in his *Marbury* decision was his unquestioned assumption that the Constitution was simply a law. Because, as he said, it was ‘emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is,’ treating the Constitution as mere law that had to be expounded and interpreted and applied to particular cases like a statute suggested that American judges had a special authority to interpret constitutions that other branches of the government did not possess.” (WOOD, 2009, p. 449)

³⁵ “Although many Americans in the 1790s had come to accept most of the principles that made for an understanding of judicial review, that acceptance remained largely partisan – shared by most Federalists but not by most Republicans and probably not by the bulk of the American people.” (WOOD, 2009, p. 452)

³⁶ “Jurists and politicians in the early Republic began to draw lines around what was political or legislative and what was legal or judicial and to explain the distinctions by the doctrine of separation of powers. In his *Marbury* decision Marshall clearly drew this distinction. Some questions were political, he said; ‘they respect the nation, not individual rights,’ and thus were ‘only politically examinable.’ But questions involving the vested rights of individuals were different; they were in their ‘nature, judicial, and must be tried by the judicial authority.’ By

Com o passar dos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi criando jurisprudencialmente critérios para definir circunstâncias em que as cortes federais não devem se pronunciar sobre o mérito da demanda. De modo geral, esses critérios decorrem de uma interpretação do art. 3º, § 2º, da constituição, o qual determina que o poder jurisdicional estende-se a “casos” e “controvérsias” enumerados. Diz-se que o dispositivo impede a Suprema Corte de exercer o controle abstrato de constitucionalidade das leis – uma diferença importante em relação ao ordenamento brasileiro. As implicações concretas do princípio são a proibição à prolação de *advisory opinions* – expressão que pode ser traduzida como “pareceres consultivos” – e ao julgamento de questões políticas; a exigência de que o peticionante tenha *standing* – o que se aproxima da noção de legitimidade ativa no direito processual brasileiro, mas com ela não se confunde; e o óbice ao julgamento de problemas que sejam “prematureiros” (*premature*) ou “que tenham perdido a relevância” (*moot*).

A primeira dessas implicações – isto é, a proibição a *advisory opinions*, que são “pareceres sobre a constitucionalidade de ações legislativas ou executivas que não surgem de um caso ou de uma controvérsia” (STONE *et al.*, 2009, p. 92, tradução livre)³⁷ – pode ser rastreada ao período inicial da República e remetida aos esforços de profissionalização da atuação judicial. Em 1790, John Jay, que era presidente da Suprema Corte, “recusou um pedido do Secretário do Tesouro Hamilton para que a Corte assumisse uma posição contra a oposição de Virgínia à assunção federal das dívidas estaduais” (WOOD, 2009, p. 453, tradução livre).³⁸ Em 1793, “a Corte negou um pedido do presidente Washington para pareceres extrajudiciais sobre questões relacionadas ao direito internacional, neutralidade e os tratados britânicos e ingleses” (WOOD, 2009, p. 453-454, tradução livre).³⁹ Dessa maneira, pronunciamentos da Corte acerca da validade ou da invalidade de determinado dispositivo legal em regra são possíveis apenas depois que surge um conflito concreto envolvendo a aplicação ou a interpretação dessa norma.

Ademais, considera-se hoje que o art. 3º da constituição dos Estados Unidos exige, em conformidade com a doutrina do *standing*, que o caso contenha “(a) um dano de fato que (b) tenha sido causado pelo comportamento da parte requerida e (c) que seja provavelmente reparável por uma decisão judicial em favor da parte postulante” (STONE *et al.*, 2009, p. 115,

turning all questions of individual rights into exclusively judicial issues, Marshall appropriated an enormous amount of authority for the courts. After all, even Jefferson in 1789 had conceded the authority of judges, ‘kept strictly to their own department,’ to protect the rights of individuals. Of course, Jefferson had not anticipated Marshall’s expansive notion of rights.” (WOOD, 2009, p. 458)

³⁷ “[...] opinions on the constitutionality of legislative or executive actions that did not grow out of a case or controversy” (STONE *et al.*, 2009, p. 92)

³⁸ “In 1790, Chief Justice John Jay refused a request from Secretary of Treasury Hamilton for the Court to take a stand against Virginia’s opposition to the federal assumption of state debts.” (WOOD, 2009, p. 453)

³⁹ “[...] the Court turned down President Washington’s request for extra-judicial opinions on matters relating to international law, neutrality, and the British and French treaties.” (WOOD, 2009, p. 453-454)

tradução livre).⁴⁰ A jurisprudência da Suprema Corte estabeleceu ainda outros requisitos prudenciais que não decorrem diretamente da constituição e podem, por essa razão, ser alterados por ato legislativo: o dano alegado pela parte postulante deve “(a) estar indiscutivelmente dentro da zona de interesses protegidos ou regulados pelo dispositivo legal ou constitucional em questão e (b) não ser demasiadamente generalizado, isto é, ser particular e não compartilhado por todos ou quase todos os cidadãos” (STONE *et al.*, 2009, p. 115, tradução livre).⁴¹

Há diversos precedentes sobre a doutrina do *standing*, muitos ligados a questões ambientais e alguns relacionados a discriminação de grupos minoritários. Em *Allen vs. Wright*, por exemplo, um grupo de pais de crianças negras ajuizou uma ação coletiva contra o *Internal Revenue Service (IRS)* – órgão equivalente à Receita Federal brasileira –, alegando que ele não teria cumprido sua obrigação de negar a isenção de impostos a escolas particulares que discriminavam com base na raça. Isso, para esse grupo de pais, significaria o apoio federal a escolas segregadas. A Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão favorável aos postulantes proferida pela Corte de Apelações, sob o fundamento de que o grupo de pais não teria legitimidade ativa (*standing*). O tribunal assinalou que o descumprimento da legislação pelo governo, por si só, não seria suficiente para preencher o requisito do *standing* e que o nexo causal entre a conduta questionada e o suposto dano sofrido pelos peticionantes seria atenuado e especulativo (STONE *et al.*, 2009, p. 93-98).

A Suprema Corte criou também a doutrina da impossibilidade de judicialização de questões políticas. Em *Baker vs. Carr*, um caso envolvendo a demarcação de distritos eleitorais no Tennessee, o ministro Brennan, relator da decisão, afirmou que a impossibilidade de judicialização de questões políticas decorre do princípio da separação de poderes e que cabe ao tribunal resolver se a constituição atribui ou não a matéria a outros ramos do governo e se a ação desses ramos excede ou não os limites da autoridade a eles conferida. Uma quantidade substancial de casos relacionados a política externa foram resolvidos pelo emprego da doutrina da questão política. Entretanto, o principal fundamento utilizado pela Corte para concluir que o caso envolve uma questão política não judicializável é a ausência de um *standard* jurídico reconhecível para decidi-lo (STONE *et al.*, 2009, p. 129-140).

Por fim, o “amadurecimento” (*ripeness*) ou a “perda da relevância” (*mootness*) podem interferir no conhecimento de determinada demanda pela Suprema Corte:

⁴⁰ “Article III is now taken to require (a) an injury in fact that (b) is due to the defendant’s behavior and (c) is likely to be redressed by a decree in the plaintiff’s favor.” (STONE *et al.*, 2009, p. 115)

⁴¹ “[...] require that the plaintiff’s injury (a) be arguably within the zone of interests protected or regulated by the statutory or constitutional provision at issue and (b) not be too generalized, that is, be particular and not shared by all or almost all citizens.” (STONE *et al.*, 2009, p. 115)

Barreiras à judicialização adicionais envolvem o *timing* do controle de constitucionalidade. A doutrina do amadurecimento impede a corte de decidir casos que são prematuros – demasiadamente especulativos ou remotos para autorizar a intervenção judicial. Um exemplo clássico seria o caso ajuizado para contestar uma lei criminal antes que uma persecução seja iniciada, em circunstâncias em que não se alega que a mera existência da lei produza danos efetivos. A doutrina da perda de relevância evita que as cortes conheçam casos quando eventos supervenientes à instituição da ação judicial tiverem privado o autor de interesse na ação. Um exemplo clássico seria um caso ajuizado por uma requerente contestando uma lei que a proibisse de obter emprego no local em que ela veio a obter o cargo antes da apelação. Um caso não está maduro quando é ajuizado cedo demais; e perde a relevância quando é ajuizado tarde demais. (STONE *et al.*, 2009, p. 161, tradução livre)⁴²

Esses critérios ou requisitos jurisprudenciais para o exercício do controle de constitucionalidade podem ser justificados de diversas maneiras. Em primeiro lugar, é possível argumentar que sua finalidade seja a contenção judicial, já que diminuem as ocasiões em que a Suprema Corte pode intervir nas atividades dos poderes Legislativo e Executivo. Eles podem, nesse sentido, estar relacionados à dificuldade contramajoritária. A questão que isso coloca é “se a contenção judicial, assim compreendida, é desejável e, caso seja, se o requisito do caso ou controvérsia é um modo sensato de promover essa contenção” (STONE *et al.*, 2009, p. 91, tradução livre).⁴³ Em segundo, os requisitos podem servir para assegurar que os problemas serão resolvidos no contexto de uma disputa concreta, o que diferenciaria o processo de decisão judicial do processo legislativo. Em terceiro, pode-se dizer que os requisitos do caso ou controvérsia têm por objetivo promover a autonomia individual e a autodeterminação ao excluírem da apreciação judicial causas de “espectadores tentando romper acomodações mutuamente vantajosas ou impor suas próprias visões de política pública sobre o governo” (STONE *et al.*, 2009, p. 91, tradução livre),⁴⁴ autorizando o tribunal a avaliar a situação apenas quando envolver pessoas que de fato tenham sofrido danos.

Tais considerações permitem enunciar, finalmente, o ponto central a que serve este tópico do trabalho. Muitos dos problemas que os autores de referência, Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein, visam a enfrentar em suas obras estão presentes no centro do direito constitucional norte-americano desde a Convenção Constituinte de 1787 e desde o surgimento do instituto do controle de constitucionalidade. O debate sobre o caráter democrático ou

⁴² “Additional justiciability barriers involve the timing of judicial review. The doctrine of ripeness bars courts from deciding cases that are premature – too speculative or remote to warrant judicial intervention. A classic example would be a case brought to challenge a criminal statute before a prosecution is initiated, in circumstances in which the mere existence of the statutes is not alleged to produce actual harm. The doctrine of mootness prevents courts from hearing cases when events subsequent to the institution of the lawsuit have deprived the plaintiff of a stake in the action. A classic example would be a case brought by a plaintiff challenging a statute prohibiting her from obtaining employment where the plaintiff has been given the job before the appeal. A case is not ripe when it is brought too soon; it is moot when it is brought too late.” (STONE *et al.*, 2009, p. 161)

⁴³ “The questions raised by this rationale are whether judicial restraint, thus understood, is desirable, and, if so, whether the case or controversy requirement is a sensible way to promote such restraint.” (STONE *et al.*, 2009, p. 91)

⁴⁴ “[...] bystanders attempting to disrupt mutually advantageous accommodations or to impose their views of public policy on government.” (STONE *et al.*, 2009, p. 91)

antidemocrático da Suprema Corte instalou-se logo nos primeiros anos da República e as respostas oferecidas para a dificuldade contramajoritária voltaram-se com frequência para concepções particulares sobre o processo de interpretação constitucional.

De mais a mais, convém notar que alguns eventos que podem parecer, à primeira vista, detalhes históricos, foram decisivos para moldar características institucionais que posteriormente se transformaram em objeto de reflexão teórica. Por exemplo, o objetivo central dos acordos incompletamente teorizados, sobre o qual se falará longamente no próximo capítulo, é viabilizar o consenso entre juízes de um órgão colegiado que possuem divergências ideológicas, filosóficas e religiosas profundas e inconciliáveis. Pode-se dizer, com chances razoavelmente baixas de erro, que esse não seria um problema teórico tão relevante quanto é hoje nos Estados Unidos caso John Marshall, logo que assumiu a presidência da Suprema Corte em 1801, não tivesse decidido alterar a maneira como o tribunal apresentava suas decisões com a finalidade de fortalecer sua autoridade, substituindo a prática de votos individuais por uma opinião conjunta.⁴⁵

Conforme visto, o republicanismo foi a teoria política que justificou o esquema institucional básico proposto pela Convenção Constituinte. O constitucionalismo contemporâneo pode ser avaliado sob sua ótica. Pode-se indagar, exemplificativamente, se o republicanismo, em relação ao controle de constitucionalidade, ofereceria um argumento em favor de um papel deferente ao invés de ativista. Afinal, os antifederalistas eram aqueles menos favoráveis a uma Suprema Corte com muitos poderes.

Embora este trabalho não pretenda responder especificamente a essas perguntas, parece importante para sua compreensão ter em conta que o Estado de Direito (*rule of law*) possui um significado diferente para cada tradição (ROSENFELD, 2004, p. 13). O Estado de Direito é frequentemente contrastado com o governo dos homens (*rule of men*), que representa o exercício potencialmente arbitrário e imprevisível do poder. Em contrapartida, o Estado de Direito requer algum grau de segurança jurídica, a separação das funções legislativa e judiciária e a adesão ao princípio de que ninguém está acima do direito (DORSEN *et al.*, 2010, p. 42). Esse é o sentido estrito da expressão para a tradição norte-americana. Porém, ele não é suficiente, pois deve haver “uma limitação da democracia [...] para assegurar que o eleitor não seja engolido por uma clara maioria sobre a qual ele não tem o menor controle” (ROSENFELD, 2004, p. 17):

⁴⁵ Embora tenha implementado essa mudança, Marshall não impunha suas opiniões aos demais ministros. Pelo contrário, ele transformou a Suprema Corte em “um grupo de irmãos”. Buscava a construção do consenso por meio de discussões amigáveis, muitas vezes acompanhadas por taças de vinho: “A Corte tinha uma regra de que beberia vinho somente se estivesse chovendo. Marshall olhava para fora da janela em um dia de sol e decidia que era permitido beber vinho, pois ‘nossa jurisdição estende-se sobre um território tão vasto que a doutrina das chances permite concluir que deve estar chovendo em algum lugar.’” (WOOD, 2009, p. 437, tradução livre)

Para tornar-se legítimo, o Estado de Direito parece precisar de responsabilização democrática, justiça procedimental e talvez ainda fundamentação substantiva. No entanto, satisfazer esses requisitos pode ser necessário sem ser suficiente para produzir legitimidade. Leis democráticas podem ser opressivas para minorias, a justiça procedimental pode ser consistente com uma quantidade significativa de inequidade substantiva, e os valores substantivos vindicados por qualquer instanciação do Estado de Direito pode ser rejeitada por uma porção considerável da comunidade política, particularmente em contextos pluralistas marcados por concepções do bem colidentes. (DORSEN *et al.*, 2010, p. 43)⁴⁶

Além disso, a *common law* opera de um modo diferente em relação à chamada *civil law*, em geral por meio do raciocínio indutivo. Frequentemente, as regras não são dadas antecipadamente, mas têm de ser construídas e aplicadas ao caso concreto. As decisões judiciais constituem também um anúncio a respeito de como poderão vir a serem julgados casos semelhantes no futuro. Para Rosenfeld, isso implica que “o juiz consciencioso ou a juíza conscienciosa da *common law* deve ser pelo menos igualmente preocupado ou preocupada, se não mais, com os efeitos futuros de sua decisão do que em atingir a justiça retrospectiva para a disputa em mãos” (DORSEN *et al.*, 2010, p. 46, tradução livre).⁴⁷

Tudo isso serve ainda para mostrar que a abordagem do tema desenvolvido neste trabalho dispensa qualquer pretensão de universalização das teses formuladas por Dworkin e por Sunstein, que serão discutidas adiante. O significado do Estado de Direito na tradição constitucional brasileira, qualquer que seja, não corresponde exatamente àquele propagado no contexto norte-americano. Tanto o direito como integridade quanto os acordos incompletamente teorizados são formulações teóricas pensadas para resolver problemas jurídicos específicos dos Estados Unidos. Por essa razão, mesmo que possam lançar luzes sobre o ordenamento e a prática constitucional de outros países, como o Brasil, revelar como e em que medida isso se daria não constitui, por ora, objeto desta investigação.

2.2. A Suprema Corte é o fórum de princípios?

O delineamento do esquema institucional básico incorporado na constituição dos Estados Unidos e a descrição de alguns dos principais debates envolvendo o controle de constitucionalidade e suas características básicas sob uma perspectiva histórica permitem passar agora a uma análise contextualizada do papel da Suprema Corte na ordem

⁴⁶ “To become legitimate, the rule of law would seem to need democratic accountability, procedural fairness, and even perhaps substantive grounding. However, satisfying these requirements may be necessary without being sufficient to produce legitimacy. Democratic laws may be oppressive to minorities, procedural fairness may be consistent with a significant measure of substantive inequity, and the substantive values vindicated by any particular instantiation of the rule of law may be rejected by a sizeable portion of the polity, particularly in pluralist settings marked by clashing conceptions of the good.” (DORSEN *et al.*, 2010, p. 43)

⁴⁷ “Consistent with this, moreover, the conscientious common law judge should be at least equally concerned, if not more so, with the future effects of his or her ruling than with achieving backward-looking justice in the dispute at hand.” (DORSEN *et al.*, 2010, p. 46)

constitucional norte-americana sob a ótica dos autores de referência – Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein. Tanto o primeiro quanto o segundo autor valem-se de “um método dialético que orienta o leitor por meio da apresentação de duas opções inaceitáveis cuja justaposição parece uma chamada para uma terceira via, uma síntese, um caminho do meio, o ponto ideal” (ZIPURSKY, 2006). Ambos rejeitam o originalismo e a visão de John Hart Ely no sentido de que o papel da Suprema Corte é resguardar o processo democrático. Sunstein, embora concorde com as críticas lançadas por Dworkin a essas teorias, opõe-nas à concepção do papel judicial defendida por este autor.

A análise proposta neste tópico do trabalho poderia ser posterior à discussão sobre as duas concepções de interpretação constitucional formuladas por cada autor. A opção por antecipá-la justifica-se pelo interesse de tornar a abordagem do tema principal do trabalho mais clara, apresentando de início as informações relevantes para uma melhor compreensão da contraposição entre o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados. A estratégia de exposição consistirá no relato da crítica que os autores formulam às teorias que consideram inaceitáveis e do ponto ideal encontrado por cada um deles.

Os originalistas entendem que o significado da constituição corresponde ao que aqueles que a esboçaram e ratificaram pretendiam conferir a ela. A tese originalista tornou-se popular, porque parece simples e apolítica – um antídoto para a ideia de que os juízes poderiam impor suas preferências políticas por intermédio de suas decisões (POSNER, 2011). Tanto aqueles que apoiam o originalismo quanto aqueles que o rejeitam concordam com as dificuldades inerentes à tentativa de descobrir as intenções de um dos delegados da Convenção Constituinte ou do grupo de que ele fez parte. Mesmo assim, os primeiros acreditam que esse é um esforço necessário para evitar colocar em risco a democracia, enquanto os segundos acham que as intenções podem ser irrelevantes, inconclusivas ou contrárias a um senso de justiça atualmente compartilhado. Assim, tanto partidários quanto opositores parecem acreditar que a intenção é um fato psicológico complexo. Isso, para Dworkin, é um erro, pois não há uma intenção dos pais fundadores esperando para ser descoberta, apenas para ser inventada (DWORKIN, 1981, p. 476-477).

Dworkin afirma que há em geral uma concordância quanto à relevância de indagar os propósitos ou crenças que estavam de algum modo nas mentes das pessoas ligadas a adoção do dispositivo constitucional em questão e que isso proporciona um conceito de intenção original. Em seguida, explica que diferentes concepções de intenção original implicam em diferentes respostas ao problema de saber quais seriam exatamente esses propósitos. Em outras palavras, o conceito de intenção original é aberto a várias concepções de seu

significado, o que torna necessário o preenchimento dos espaços vazios por intermédio de escolhas políticas. Sua principal objeção apoia-se no fato de que muitos constitucionalistas parecem pressupor “que a ideia de uma intenção legislativa, incluindo a de uma intenção constitucional, é tão bem definida em nossa prática jurídica que uma vez que todos os fatos psicológicos pertinentes sejam conhecidos não poderá haver espaço para dúvida ou debate” (DWORKIN, 1981, p. 478, tradução livre).⁴⁸

Há uma enorme variedade de escolhas disponíveis para inventar ou construir uma concepção de intenção constitucional. Na maioria das vezes, essas escolhas não são feitas explicitamente nem justificadas. Assim, por exemplo, pode-se questionar se a intenção original inclui apenas o estado ou a disposição mental dos indivíduos que assinaram e ratificaram a constituição ou, ao contrário, se incluiria também uma percepção que decorreria da leitura “natural” do documento. Cabe indagar, ainda, quem seriam esses indivíduos – se seriam os delegados da Convenção Constitucional; se seriam todos os delegados, inclusive os que votaram contra a adoção da constituição ou de uma de suas emendas; as pessoas envolvidas no processo de ratificação; se as intenções de alguém seriam mais importantes do que as de outras pessoas, tendo em vista a possibilidade de conflito. Pergunta-se, igualmente, qual estado psicológico deveria contar: se seriam todas as esperanças e expectativas sobre os efeitos particulares de determinada lei ou da constituição ou apenas aquelas expressadas institucionalmente, em relatórios de comissões parlamentares ou discursos em plenário, por exemplo. A análise da intenção pode revelar, ainda, que o legislador pretendeu delegar a decisão a outra instituição ou que não quis fazê-lo, mas que também não definiu uma posição em relação aos efeitos de certa disposição sobre um problema específico (DWORKIN, 1981, p. 482-488).

Dworkin afirma que a intenção pode ser descrita em diferentes níveis de abstração. Pode-se dizer que expressões como “devido processo” ou “igual proteção” descrevem uma intenção abstrata – ou seja, um conceito de justiça ou de igualdade – ou concreta – ou seja, uma concepção particular desses conceitos. Para o autor, é um erro acreditar que os legisladores possuem uma coisa ou outra – descrições abstratas e concretas da intenção legislativa são concomitantemente verdadeiras. O ponto central é que não há nenhuma razão para crer que os fundadores pretendiam ver suas intenções concretas implementadas ao invés de suas intenções abstratas, as quais exigem do juiz decisões substantivas de moralidade

⁴⁸ “[...] that the idea of a legislative intention, including a constitutional intention, is so well defined in legal practice that once all the pertinent psychological facts known there can be no room for doubt or debate” (DWORKIN, 1981, p. 478).

política a seu serviço. De todo modo, esses questionamentos mostram que a intenção original não é um fato histórico independente da teoria política (DWORKIN, 1981, p. 488-497).

Com isso, pode-se passar à segunda teoria que Dworkin rejeita – aquela formulada por John Hart Ely. Para este autor, a democracia requer que as decisões sobre valores substantivos sejam tomadas por representantes do povo, não por juízes que não são eleitos. Por essa razão, uma teoria do controle de constitucionalidade convincente deveria evitar decisões que se baseassem no devido processo legal substantivo e, ao invés disso, resguardar a democracia assegurando (a) que não sejam permitidas leis que restrinjam o processo político conducente à revogação de legislação indesejável e (b) que não seja autorizado que os preconceitos contra minorias cerceiem os processos políticos estabelecidos para proteger minorias (DWORKIN, 1981, p. 500-501).

Dworkin discorda da argumentação de Ely, porque considera que o ideal de democracia “não oferece um suporte maior para uma jurisprudência de controle de constitucionalidade baseada no processo do que para uma baseada no resultado” (DWORKIN, 1981, p. 501-502, tradução livre).⁴⁹ Em sua opinião, Ely parece pressupor que há uma concepção de democracia que é correta e que cabe à Suprema Corte identificar e defender essa concepção. O problema é que isso não é consistente com a recusa deste autor em aceitar que a Corte fundamente suas decisões em direitos políticos substantivos, já que não há consenso acerca de quais direitos as pessoas têm ou mesmo se têm algum.

Dworkin sustenta que “os direitos criados pelas cláusulas constitucionais do devido processo e da igual proteção incluem o direito a que a legislação não seja aprovada por certas razões” (DWORKIN, 1981, p. 512, tradução livre)⁵⁰ – é inadmissível, por exemplo, que preconceitos contem como interesses ou preferências que o governo pode lícitamente buscar satisfazer. O autor acredita que a teoria de Ely, devidamente compreendida, repousa exatamente nessa ideia. Porém, seria um erro acreditar “que os juízes poderiam escolher ou aplicar essa teoria sem enfrentar problemas que são de alguma forma problemas substantivos de moralidade política” (DWORKIN, 1981, p. 512, tradução livre).⁵¹ Uma teoria do controle de constitucionalidade que produza resultados aceitáveis – que impeça, por exemplo, leis discriminatórias, mesmo que beneficiem a comunidade como um todo em um sentido

⁴⁹ “[...] offers no greater support for a process-based than an outcome-based jurisprudence of judicial review.” (DWORKIN, 1981, p. 501-502)

⁵⁰ “It holds that the rights created by the due process and equal protection clauses of the Constitution include rights that legislation not be enacted of certain reasons” (DWORKIN, 1981, p. 512)

⁵¹ “But it would be a mistake to suppose (as Ely does) that judges could either choose or apply this theory without facing issues that are by any account substantive issues of political morality.” (DWORKIN, 1981, p. 512)

utilitarista – não pode depender da ideia que a Suprema Corte deve se preocupar com o processo democrático como algo separado de sua substância.

Em síntese, Dworkin refuta tanto a tese originalista quanto a abordagem procedimental, porque não é possível determinar a intenção dos pais fundadores nem decidir qual processo político é justo ou democrático sem tomar decisões substantivas que são essencialmente políticas. Ambas padecem do mesmo tipo de equívoco. Isso possibilita a ele enunciar sua tese central: se se quiser manter o controle de constitucionalidade, se não se quiser repelir o precedente em *Marbury vs. Madison*, então a Suprema Corte deve funcionar como o fórum de princípios. Ela deve estar preparada para tomar decisões políticas importantes a respeito de quais direitos as pessoas têm na ordem constitucional, não decisões a respeito de como o bem-estar geral é melhor promovido (DWORKIN, 1981, p. 516).

O controle de constitucionalidade assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente definidas e debatidas como questões de princípio e não simplesmente questões de poder político, uma transformação que não pode ser bem sucedida, de qualquer modo não inteiramente, dentro do próprio poder legislativo. (DWORKIN, 1981, p. 517, tradução livre)⁵²

Em apoio à teoria de Dworkin, pode-se mencionar a ideia de razão pública defendida por John Rawls. Trata-se da maneira como cidadãos iguais formulam planos e discutem questões de justiça fundamental. A razão pública, na medida em que impõe o dever moral de que os cidadãos expliquem “como os princípios e as políticas que preconizam e nos quais votam podem se apoiar nos valores políticos da razão pública” (RAWLS, 2011, p. 256) e a disposição para ouvir uns aos outros, exclui doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes. O seu conteúdo é a especificação, a atribuição de prioridades e a definição dos meios para o exercício de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais. Rawls considera a Suprema Corte como modelo de razão pública, pois para justificar seus votos, os juízes “devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública” (RAWLS, 2011, p. 279).

Sunstein concorda com as objeções lançadas por Dworkin contra o originalismo e contra a abordagem procedimental. Para aquele autor, tanto Robert Bork, um originalista resoluto, quanto John Hart Ely sustentam uma noção de neutralidade interpretativa que almeja ao “desvio dos princípios exegéticos sem reconhecer os argumentos substantivos que precisam ser levantados em seu favor” (SUNSTEIN, 2009a, p. 131). Sunstein alerta ainda

⁵² “Judicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not simply issues of political power, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself.” (DWORKIN, 1981, p. 517)

para as consequências perversas que a aplicação consistente do originalismo poderia gerar: “Um retorno ao ‘entendimento original’, descrito em termos estritos, implicaria eliminar, em um só golpe, diversas garantias constitucionais” (SUNSTEIN, 2009a, p. 123). Não haveria um direito à privacidade, tal como construído jurisprudencialmente pela Suprema Corte. A declaração de direitos (*bill of rights*) não se aplicaria aos estados federados. Já em relação a teoria de Ely, Sunstein diz que um conceito atraente de democracia deve ser defendido com base em razões substantivas – requer, por conseguinte, “uma ‘abordagem de valor’, justamente o que o autor procura evitar” (SUNSTEIN, 2009a, p. 132).

Apesar do consenso entre os dois autores, Sunstein discorda enfaticamente da conclusão de Dworkin no sentido de que a Suprema Corte seria, por excelência, o fórum de princípios. Para ele, o “verdadeiro fórum de princípios no governo norte-americano tem sido democrático ao invés de judicial; considere a fundação, a Guerra Civil, o *New Deal*, e outros – progressismo, o movimento dos direitos civis, o movimento das mulheres” (SUNSTEIN, 1996, p. 60, tradução livre).⁵³ Diz o autor que a visão de que a Suprema Corte seria o fórum de princípios é historicamente míope e “reflete o feitiço lançado pela Corte Warren sobre o estudo acadêmico do direito” (SUNSTEIN, 1996, p. 59, tradução livre).⁵⁴ O destinatário da crítica é inequívoco:

Em um livro de bastante influência, Ronald Dworkin defendeu um papel ativo para o judiciário com a teoria de que a Suprema Corte é o “foro dos princípios”, contrariando as características de barganhas comerciais da política de grupos de interesse. Porém, a Corte nunca foi projetada para ser a única instituição assim na nossa história. Pelo contrário, os maiores reflexos de deliberações com base em princípios vieram do Congresso e do Presidente, não das cortes. No século vinte, o movimento trabalhista, o *New Deal*, o movimento ambientalista, o movimento contra o excesso de regulação e o movimento feminista são apenas alguns poucos exemplos. (SUNSTEIN, 2009a, p. 187)

Sunstein invoca, além desses exemplos, um argumento histórico para respaldar sua opinião. Para ele, “Os fundadores persistiram na possibilidade de uma política virtuosa” (SUNSTEIN, 2009a, p. 26). A constituição dos Estados Unidos “foi concebida para instituir uma democracia deliberativa” (SUNSTEIN, 2009a, p. 24), na qual caberia aos representantes eleitos “depurar e ampliar as opiniões do povo, que são filtradas por uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos propensos a sacrificá-lo a considerações temporárias ou parciais” (MADISON; HAMILTON e JAY, 1993, p. 137). Essa fala de Madison no Federalista n. 10, discutido no tópico anterior, encontra ressonância na posição de

⁵³ “The real forum of principle in American government has been democratic rather than adjudicative; consider the founding, the Civil War, the New Deal, and others – progressivism, the civil rights movement, the women’s movement.” (SUNSTEIN, 1996, p. 60)

⁵⁴ “It reflects the spell cast by the Warren Court over the academic study of law.” (SUNSTEIN, 1996, p. 59)

outros pais fundadores, como Roger Sherman: “[...] quando as pessoas escolhem um representante, é seu dever reunir-se com outros de outras partes da União e trocar ideias, além de chegarem a um consenso quanto a esses atos para o benefício geral de toda a comunidade” (SHERMAN apud SUNSTEIN, 2009a, p. 28). Por conseguinte, em conformidade com o ideal republicano que inspirou a Convenção Constituinte, o processo de discussão não se caracteriza por um “esforço voltado pura e simplesmente para agregar as preferências privadas existentes, ou tratá-las como um dado” (SUNSTEIN, 2009a, p. 28), mas requer que os representantes do povo mantenham uma disposição de espírito aberta ao convencimento pela força do argumento. A constituição instituiu, assim, uma república das razões.

O ponto enfatizado por Sunstein encontra algum respaldo nas relativizações que John Rawls faz a respeito de sua própria visão da Suprema Corte como um modelo de razão pública, pois, para este filósofo, a constituição “não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é” (RAWLS, 2011, p. 281). Rawls admite que determinada interpretação da constituição seja imposta ao tribunal por uma maioria ampla e duradoura, como aconteceu com o *New Deal*, e acrescenta que “os outros poderes do Estado certamente podem ser, se assim o desejarem, fóruns de princípio para debater, junto com a Corte, questões constitucionais” (RAWLS, 2011, p. 283-284).

Dworkin respondeu à crítica. Ele disse que seus pontos de vista sobre interpretação constitucional, em especial aqueles elaborados no livro *O império do direito*, “destinam-se a ajudar a identificar quais direitos constitucionais as pessoas norte-americanas têm, não quais instituições são apropriadamente encarregadas de julgar essa questão” (DWORKIN, 1997, p. 450, tradução livre).⁵⁵ A questão institucional de saber a quem cabe a responsabilidade de decidir o que a fidelidade com a constituição exige é diferente da questão de saber o que significa o documento. Dworkin, no entanto, revela em algumas passagens alguma desconfiança em relação à atuação do Poder Legislativo na determinação de quais direitos as pessoas têm. Em outro texto igualmente destinado a rebater as críticas formuladas por Sunstein, Dworkin contesta a afirmação daquele autor de que “o desenvolvimento de teorias de larga escala do certo e do bom é uma tarefa democrática, não uma judicial” (SUNSTEIN, 1996, p. 53, tradução livre),⁵⁶ valendo-se do seguinte argumento:

Mas é um mistério saber como a “democracia” poderia produzir “teorias de grande alcance a respeito do que é correto e do que é bom”, a menos que os juízes

⁵⁵ “They are meant to help identify what constitutional rights Americans have, not which institutions are properly charged with adjudicating that issue.” (DWORKIN, 1997, p. 450)

⁵⁶ “[...] the development of large-scale theories of the right and the good is a democratic task, not a judicial one.” (SUNSTEIN, 1996)

admitissem como parte de sua responsabilidade a identificação de quais dessas teorias estariam latentes na legislação e em outros fatos políticos. Não é muito provável que a legislação faça explicitamente uma declaração geral de princípio abstrato: que declare explicitamente, por exemplo, que as maravilhas da natureza possuem valor intrínseco, ou que quem deve arcar com os riscos impostos pelas atividades lucrativas são as pessoas que lucram com elas. Somente por meio da interpretação de legislações mais concretas é que podemos identificar os princípios que conjuntamente adotamos. (DWORKIN, 2010, p. 101)

Pode-se questionar se essas alegações encontram correspondência empírica na prática legislativa. Um exemplo que pode contribuir para pôr em dúvida o argumento de Dworkin é o art. 225, § 4^a, da constituição da República Federativa do Brasil, em que se dispõe que os biomas brasileiros são patrimônio nacional, princípio que se avizinha da atribuição de um valor intrínseco à natureza. Outro é o capítulo do Código de Defesa do Consumidor sobre responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que estabelece, em síntese, o princípio de que todo fabricante ou prestador de serviço responde independentemente de culpa pelos danos sofridos por consumidores em decorrência de defeito e que prevê, inclusive, a possibilidade de responsabilidade subsidiária do comerciante.

Evidentemente, somente a prática pode dizer se esses dispositivos serão consistentemente aplicados como princípios no sentido que Dworkin atribui a esse termo. Mesmo assim, são exemplos – aprovados, em um caso, pelo legislador constituinte e, no outro, pelo legislador ordinário brasileiro – que se aproximam daqueles princípios que Dworkin afirma serem dificilmente encampados pela legislação, e não há entre os sistemas estadunidense e brasileiro quaisquer diferenças relevantes para chegar-se à conclusão de que lá não seria possível a promulgação de estatutos legislativos com conteúdo parecido. Além disso, é possível encontrar leis no próprio direito norte-americano que desafiam a visão de que o Poder Legislativo não pode ser o fórum adequado para a especificação de direitos fundamentais, tal como o *Americans with Disabilities Act*,⁵⁷ que proíbe a discriminação e garante oportunidades iguais de acesso a emprego, serviços públicos e transporte a pessoas deficientes.

A posição de Dworkin parece depender, portanto, de “uma visão cética do processo político como consistindo em um reflexo mais ou menos mecânico das pressões dos eleitores” (STONE *et al.*, 2009, p. 77, tradução livre).⁵⁸ Faz-se necessário considerar a possibilidade de que tal posição esteja fundada em uma perspectiva indevidamente pessimista do processo político. Se, ao contrário do que o autor parece sugerir, os órgãos representativos estiverem efetivamente envolvidos em uma atividade deliberativa, como antecipado por Madison, então

⁵⁷ Disponível em: <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁵⁸ “This view may depend on a skeptical view of the political process as consisting of a more or less mechanical reflection of constituent pressures.” (STONE *et al.*, 2009, p. 77)

“a vantagem comparativa reivindicada para as cortes pode não existir realmente” (STONE *et al.*, 2009, p. 77, tradução livre).⁵⁹

Desse modo, parece de fato haver uma divergência entre Dworkin e Sunstein sobre o papel institucional da Suprema Corte na ordem constitucional norte-americana. Cabe notar que essa discordância exhibe contornos parecidos com aquela havida entre os federalistas e os republicanos na época da fundação e nos anos que se seguiram a ela. Dworkin parece em alguma medida endossar a distinção traçada por John Marshall na decisão do caso *Marbury vs. Madison* entre direito e política, reformulando-a ao dizer que a Corte deve se ocupar de questões de princípio, enquanto os demais ramos do governo devem se ocupar prioritariamente das políticas públicas (*policy*). Em contrapartida, a posição assumida por Sunstein assemelha-se às opiniões de Thomas Jefferson e James Madison, para os quais todos os departamentos do governo devem observar e cumprir a constituição.

A escolha entre diferentes métodos interpretativos envolve necessariamente a escolha sobre a alocação de poderes entre vários grupos e instituições. As pessoas devem “tentar gerar práticas interpretativas que minimizem a discricionariedade das instituições em que menos confiam” (SUNSTEIN, 1996, p. 169, tradução livre).⁶⁰ Essa observação parece ser precipuamente o ponto central deste tópico do trabalho, porque ajuda a compreender os diferentes papéis atribuídos por cada um dos autores à Suprema Corte, assim como suas concepções sobre interpretação constitucional.

Não se deve superestimar essa divergência, contudo. As opiniões de Dworkin e de Sunstein não parecem ser mutuamente excludentes, já que o fato de a Suprema Corte constituir, por excelência, o fórum de princípios em uma democracia constitucional não exclui que os outros poderes engajem-se em uma argumentação sobre os direitos constitucionais que as pessoas possuem. Além disso, ela pode ser razoavelmente atribuída a uma diferença de ênfase em vez de ser lida como um abismo teórico, pois Dworkin dedica-se principalmente a formular uma teoria normativa da decisão judicial, enquanto Sunstein desenvolve uma teoria institucionalista, mais preocupada com as estruturas de governo necessárias para garantir o atendimento a direitos fundamentais.

2.3. Legitimidade do controle de constitucionalidade (*judicial review*)

⁵⁹ “[...] the comparative advantage claimed for courts may not exist at all.” (STONE *et al.*, 2009, p. 77)

⁶⁰ “[...] try to generate interpretive practices that minimize the discretion of the institutions they trust least.” (SUNSTEIN, 1996, p. 169)

Viu-se anteriormente que a constituição dos Estados Unidos não prevê explicitamente o controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Por isso, a tradição constitucional norte-americana tem sido marcada desde o seu início pelo debate em torno dos limites da autoridade da Suprema Corte para declarar nulas as leis aprovadas por meio do processo político representativo. O exercício do controle de constitucionalidade parece exigir a reafirmação constante de sua própria legitimidade. O debate entre Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein acerca de suas diferentes concepções de interpretação constitucional insere-se claramente nessa tradição. Em virtude disso, convém tecer breves considerações sobre o que os autores dizem a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade no direito norte-americano.

O ponto é relativamente simples e pode ser de antemão apresentado. Para Dworkin, a Suprema Corte exerce legitimamente o seu poder quanto justifica adequadamente suas decisões, tratando os cidadãos com igual respeito e consideração. Sunstein, por sua vez, assenta sua concepção de legitimidade na ideia um esquema institucional justo. Em sua opinião, o tribunal deve fazer parte de uma estrutura geral que componha uma democracia deliberativa tendente a garantir os direitos fundamentais eficazmente.

Dworkin não tratou especifica e detidamente sobre a questão da legitimidade do controle de constitucionalidade. Apesar disso, sua opinião no sentido de que “o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política” (DWORKIN, 2006a, p. 9) permite vislumbrar uma resposta. Ela se liga, em primeiro lugar, com o papel institucional que Dworkin atribui à Suprema Corte, analisado no tópico anterior. Sob esse ângulo, o controle de constitucionalidade justifica-se na medida em que preserva direitos individuais contra eventuais abusos daqueles grupos majoritários que detém o poder político em determinado momento histórico. Dworkin afirma que o “constitucionalismo [...] pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria” (DWORKIN, 2007a, p. 222-223):

O juiz Marshall, presidente da Suprema Corte, reconheceu tal fato em sua decisão no caso *Marbury vs. Madison*, o famoso caso em que a Suprema Corte afirmou, pela primeira vez, seu poder de revisar as decisões legislativas contrárias aos padrões constitucionais. O juiz sustentou que, como a Constituição estabelece que ela própria será a lei suprema do país, os tribunais em geral e a Suprema Corte em última instância devem ter o poder de declarar nulas as leis que violem a Constituição. Muitos juristas vêem esse argumento como um *non sequitur*, pois, dizem eles, embora as restrições constitucionais façam parte da lei, não se delegou necessariamente aos tribunais, em lugar de ao poder legislativo, a autoridade de decidir se, nos casos particulares, houve ou não violação da lei. Mas o argumento não é um *non sequitur* se considerarmos que o princípio de que nenhum homem

poderá legislar em causa própria é uma parte tão fundamental da ideia de legalidade que Marshall só teria o direito de desconsiderá-lo se a Constituição houvesse negado expressamente a revisão judicial. (DWORKIN, 2007a, p. 223)

Em segundo lugar, a resposta parece vincular-se também à concepção de interpretação constitucional do autor. Dworkin afirma reiteradamente que as decisões judiciais em casos difíceis exigem que o juiz solucione o problema atendendo a duas condições de correção: a primeira é o ajuste da decisão à prática jurídica da comunidade política concreta – a decisão deve basear-se em princípios que possam ser encontrados no ordenamento jurídico e que o justifiquem; a segunda é a escolha do princípio que mostre a prática como um todo sob sua melhor luz – que expresse, portanto, a melhor concepção de moralidade política.

O que justifica a exigência de que a estratégia de argumentação constitucional observe as práticas e tradições constitucionais é a equidade – vale dizer, o dever de tratar da mesma maneira os casos semelhantes (DWORKIN, 2007a, p. 176). Os indivíduos têm o direito a serem tratados como iguais, que é o direito “não a uma distribuição igual de algum bem ou oportunidade, mas o direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos” (DWORKIN, 2007a, p. 420). A resposta de Dworkin para a questão da legitimidade depende de que as decisões sejam coerentes com seu princípio da integridade, que requer a identificação de um princípio abstrato que melhor expresse o conteúdo do direito e a aplicação desse princípio ao caso concreto, em atenção ao ideal de igual respeito e consideração. Em outras palavras, a “concepção de direito como integridade contém uma teoria sobre o que significa que o direito seja legítimo. Hércules, o juiz idealizado de Dworkin, pode produzir consistência vertical e horizontal entre juízos de princípio no direito” (SUNSTEIN, 1996, p. 53, tradução livre).⁶¹ A integridade política “significa igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito, mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos” (DWORKIN, 2010, p. 250).

Sunstein sustenta uma posição diferente, que leva em conta a consistência principiológica, porém considera que ela não é o único nem o mais importante aspecto da questão. Com efeito, reconhece que problemas de legitimidade podem surgir quando não há coerência no direito, pois o tratamento diferente conferido a dois casos semelhantes deve contar com razões que justifiquem a diferença e o que “disciplina os julgamentos judiciais, e parte do que os legitima, é a necessidade, percebida pelos juízes assim como por todas as outras pessoas, de delimitar decisões judiciais atuais com decisões judiciais passadas que

⁶¹ “Dworkin’s conception of law as integrity contains a theory of what it means for law to be legitimate. Hercules, Dworkin’s idealized judge, can produce vertical and horizontal consistency among judgements of principle in law.”

sobreviveram ao teste do tempo” (SUNSTEIN, 1996, p. 82, tradução livre).⁶² No entanto, o autor acredita que a legitimidade não é um produto de decisões bem fundamentadas, mas de “um exercício justificável da autoridade”. Em síntese, o Poder Judiciário em geral e a Suprema Corte em particular devem fazer parte de um esquema institucional que possa ser considerado justo. A ênfase no processo de decisão dos tribunais é restrita demais como fonte de legitimidade:

É claro que a consistência principiológica não deve ser subestimada, e é claro que um regime de juízos principiológicos tem muitas vantagens em relação às alternativas imagináveis. É claro que problemas de legitimidade podem surgir precisamente em razão da ausência de tal consistência. Se você é tratado diferentemente em relação a outra pessoa – se é tratado melhor ou pior – deve haver uma razão para a diferença no tratamento. Na verdade, contudo, a ideia de integridade – na medida em que é focada no judiciário – não fornece uma teoria da legitimidade convincente. A integridade, se um produto de bom senso judicial, não é necessária nem suficiente para a legitimidade. A legitimidade decorre não simplesmente da consistência principiológica por parte dos julgadores, mas de um exercício justificável da autoridade, o que requer uma teoria de instituições justas. Essa teoria deve por sua vez fundar-se em considerações democráticas, adequadamente limitadas por uma descrição de quais interesses devem ser imunizados da intrusão democrática. A legitimidade é um resultado de processos democráticos em bom funcionamento, não um sistema de tomada de distinções empreendido por juízes. Mesmo se feita excepcionalmente bem, a tomada de distinções por juízes principiológicos é uma fonte de legitimidade excessivamente centrada em cortes. (SUNSTEIN, 1996, p. 53, tradução livre)⁶³

Sunstein afirma que o Poder Judiciário faz parte de um conjunto complexo de arranjos institucionais. O autor tenta desenvolver uma “teoria do julgamento judicial como um aspecto de uma série de entendimentos muito mais ampla sobre arranjos institucionais apropriados e sobre fóruns em que o público (adequadamente limitado) possa deliberar sobre seus juízos” (SUNSTEIN, 1996, p. 53, tradução livre).⁶⁴ Em sua opinião, a “ação judicial, ainda que deliberativa, sofre do defeito significativo de que ela necessariamente exclui os cidadãos do processo político” (SUNSTEIN, 1988, p. 338, tradução livre).⁶⁵ Mesmo assim, em alguns casos a atuação firme do Poder Judiciário pode servir a um objetivo distintamente madisoniano, que é a atenuação do poder de grupos com interesses próprios.

⁶² “What disciplines judicial judgments, and part of what legitimates them, is the need, perceived by judges as well as by everyone else, to square current judicial decisions with previous judicial decisions that have survived the test of time.” (SUNSTEIN, 1996, p. 82)

⁶³ “Of course principled consistency should not be disparaged, and of course a regime of principled judgments has many advantages over imaginable alternatives. Of course problems of legitimacy may arise precisely because of the absence of such consistency. If you are treated differently from someone else – if you are treated worse or better – there should be a reason for the difference in treatment. In fact, however, the idea of integrity – insofar as it is focused on the judiciary – does not provide a convincing theory of legitimacy. Integrity, if a product of good judicial judgment, is neither necessary nor sufficient for legitimacy. Legitimacy stems not simply from principled consistency on the part of adjudicators, but from a justifiable exercise of authority, which requires a theory of just institutions. That theory should in turn be founded in democratic considerations, suitably constrained by an account of what interests should be immunized from democratic intrusion. Legitimacy is an outcome of well-functioning democratic processes, not of a system of distinction-making undertaken by judges. Even if done exceptionally well, distinction-making by principled judges is too court-centered as a source of legitimacy. (SUNSTEIN, 1996, p. 53)

⁶⁴ “[...] theory of judicial judgment as an aspect of a far broader set of understandings about appropriate institutional arrangements and about forums in which the (suitably constrained) public can deliberate about its judgments.” (SUNSTEIN, 1996, p. 53)

⁶⁵ “[...] judicial action, even if deliberative, suffers from the significant defect that it necessarily excludes the citizenry from political processes.” (SUNSTEIN, 1988, p. 338)

Se a legitimidade depende de uma teoria das instituições justas que leve em consideração a democracia, faz-se necessário ter em linha de conta o que cada autor compreende por esse termo. Dworkin sugere que a democracia é o governo do povo e que para compreender seu significado devem ser distinguidos dois conceitos. O primeiro funda-se na premissa majoritária e propõe que as questões de princípio sejam decididas de acordo com a regra da maioria. Sob essa perspectiva, os resultados do processo político são justos quando os procedimentos “sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e tempo suficiente para refletir” (DWORKIN, 2006a, p. 24).

O segundo “significa autogoverno com a participação de todas as pessoas como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade” (DWORKIN, 2010, p. 190). Essa é a concepção constitucional de democracia, que depende, em primeiro lugar, da igualdade de oportunidades para a participação das pessoas na deliberação pública, o que inclui não apenas o direito ao voto como também a liberdade de expressão. Requer, em segundo lugar, que os direitos, interesses e preferências de cada indivíduo sejam levados em consideração para a determinação do interesse coletivo, em cumprimento à exigência constitucional de igual proteção. Por fim, exige a existência de uma esfera de autonomia privada para que os indivíduos possam tomar decisões existenciais como aquelas relacionadas à religião e à ética privada. Dworkin afirma que a regra da maioria não pode ser considerada legítima, a menos que cumpra essas condições (DWORKIN, 2010, p. 190-191). Para Dworkin, há por trás do debate sobre a estrutura da democracia uma disputa filosófica quanto ao seu valor ou ao seu objetivo. A finalidade da concepção constitucional de democracia é “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006a, p. 26).

O conceito de democracia adotado por Sunstein em seus escritos pode parecer mais misterioso. O autor não elabora explicitamente uma definição com base na qual o leitor possa interpretar afirmações como aquela destacada no tópico anterior, segundo a qual questões de princípios devem ser enfrentadas de modo geral de maneira democrática, não judicial. A oposição, frequente na obra de Sunstein, entre instâncias democráticas e o Poder Judiciário parece sugerir que ele adota a concepção baseada na premissa majoritária. Essa é, aliás, a interpretação de Dworkin: em sua opinião, Sunstein baseia seus argumentos sobre interpretação constitucional em uma concepção majoritária de democracia (DWORKIN,

1997, p. 451). Entretanto, essa impressão dissolve-se completamente após uma análise mais detalhada de seus textos.

Para compreender a questão, deve-se levar em consideração a rejeição de Sunstein a uma concepção pluralista de democracia em favor de uma concepção deliberativa. O pluralismo moderno vê a política “como uma luta entre grupos egoístas por recursos sociais escassos” (SUNSTEIN, 1988, p. 329, tradução livre).⁶⁶ De acordo com essa concepção pluralista, a participação política dos cidadãos é alimentada pelo interesse próprio e as leis são um tipo de *commodity* disputada entre eles. O processo político funciona como um mercado. O objetivo “é atingir um equilíbrio que reflita com precisão números e intensidades das preferências dos cidadãos” (SUNSTEIN, 1988, p. 329, tradução livre).⁶⁷ Esse entendimento depende de uma concepção específica de representação, segundo a qual os agentes políticos reproduzem quase mecanicamente as preferências daqueles que os elegeram.

Sunstein acredita que a concepção pluralista de democracia não é adequada e que esse não é o modo como a política ordinária deve funcionar. Em razão disso, ele sustenta que o processo político, devidamente compreendido, não é um meio para a satisfação de escolhas de consumo. Seu objeto é a seleção de valores. O argumento repousa sobre a forma de republicanismo defendido por James Madison no Federalista n. 10. O objetivo dos fundadores ao criar uma grande república era afastar os representantes de preocupações ou de influências paroquiais para que dispusessem de independência para refletir e para refinar as opiniões gerais. O republicanismo compromete-se com a deliberação política e com o consenso como um ideal regulatório:

Os republicanos liberais rejeitam a ideia de que as diferenças políticas são apenas questões de perspectiva, situação ou gosto. Eles acreditam que frequentemente existem respostas corretas para controvérsias políticas. As respostas são entendidas como corretas por meio do único critério possível, o acordo entre cidadãos iguais. (SUNSTEIN, 2009a, p. 173-174)

A constituição adota uma série de estratégias – tais como a delimitação de uma esfera de autonomia privada, a proteção de direitos individuais, o sistema de freios e contrapesos – cuja finalidade é “assegurar um espaço para a discussão pública e para a seleção coletiva de preferências e concomitantemente resguardar contra os perigos da tirania das facções e da representação egoísta” (SUNSTEIN, 1988, p. 352, tradução livre).⁶⁸ A democracia contém

⁶⁶ “[...] as a struggle among self-interested groups for scarce social resources.” (SUNSTEIN, 1988, p. 329)

⁶⁷ “[...] is to reach an equilibrium that accurately reflects numbers and intensities of citizen preferences.” (SUNSTEIN, 1988, p. 329)

⁶⁸ “[...] to secure a realm for public discussion and collective selection of preferences while guarding against the dangers of factional tyranny and self-interested representation.” (SUNSTEIN, 1988, p. 352)

uma moralidade interna que limita o que a maioria está autorizada a fazer. O argumento parece ter sido adequadamente sintetizado nestes dois parágrafos:

É claro que o ideal de democracia pode ser compreendido de muitas maneiras diferentes. Algumas pessoas pensam que a democracia exige simplesmente a regra majoritária, outras pessoas pensam que um sistema democrático qualifica-se assim se ele é altamente sensível à vontade popular. Eu rejeito esses pontos de vista. Eu sustento que uma constituição deve promover a *democracia deliberativa*, uma ideia que se destina a combinar a responsabilização política com um nível elevado de reflexividade e um compromisso geral com a justificação. Meu principal objetivo é conectar o projeto do constitucionalismo com a noção de democracia deliberativa, não elaborar essa noção separadamente. Porém, para entender a conexão, é importante ver, em linhas gerais, o que democratas deliberativos procuram tanto evitar quanto garantir.

Aqueles que acreditam em democracia deliberativa pensam que por si só a ideia de “regra majoritária” é uma caricatura da aspiração democrática. Eles insistem que o governo não é uma espécie de Máquina Agregadora, tentando revelar os desejos das pessoas, somá-los e então traduzi-los em lei. Eles alegam que um governo democrático é baseado em razões e argumentos, não apenas votos e poder. Democratas deliberativos acreditam que as pessoas tendem a sobrestimar a tensão entre democracia, devidamente compreendida, e direitos individuais. Democracia vem com sua própria moralidade interna – *a moralidade interna da democracia*. Essa moralidade interna requer proteção constitucional de muitos direitos individuais, incluindo o direito à liberdade de expressão, o direito ao voto, o direito à igualdade política, e mesmo o direito à propriedade privada, já que as pessoas não podem ser cidadãos independentes se suas posses estiverem sujeitas a um reajustamento governamental ilimitado. Devidamente compreendida, a democracia não é antagônica a direitos. Ela entusiasticamente protege direitos, portanto limitando o que as majorias são capazes de fazer com indivíduos ou grupos. Uma constituição democrática é elaborada e interpretada com essas ideias em mente. (SUNSTEIN, 2001, p. 6-7, tradução livre)⁶⁹

A democracia deliberativa defendida por Sunstein é uma concepção complexa, indissociável do constitucionalismo. Em vários aspectos – como, por exemplo, o compromisso com direitos individuais –, ela se assemelha à concepção constitucional de democracia formulada por Dworkin. Há, entretanto, uma diferença relevante, com implicações nas propostas que cada um elabora para a teoria da interpretação constitucional. Sunstein acredita que a legitimidade do Poder Judiciário em geral e da Suprema Corte em particular depende de que sua atuação esteja voltada à promoção da democracia deliberativa e que isso pode em muitas circunstâncias exigir um maior grau de moderação judicial. Para ele,

⁶⁹ “Of course the ideal of democracy can be understood in many different ways. Some people think that democracy calls simply for majority rule; other people think that a democracy system qualifies as such if it is highly responsive to popular will. I reject these views. I contend that a constitution should promote *deliberative democracy*, an idea that is meant to combine political accountability with a high degree of reflectiveness and a general commitment to reason-giving. My principal aim is to link the project of constitutionalism with the notion of deliberative democracy, not to elaborate that notion on its own. But to understand the link, it is important to see, in broad outline, what deliberative democrats seek both to avoid and to ensure.

Those who believe in deliberative democracy think that by itself the idea of ‘majority rule’ is a caricature of the democratic aspiration. They insist that government is not a kind of Aggregating Machine, trying to uncover people’s desires, to sum them up, and then to translate them into law. They claim that a democratic government is based on reasons and arguments, not just votes and power. Deliberative democrats believe that people tend to overstate the tension between democracy, properly understood, and individual rights. Democracy comes with its own internal morality – *the internal morality of democracy*. This internal morality requires constitutional protection of many individual rights, including the right of free expression, the right to vote, the right to political equality, and even the right to private property, for people cannot be independent citizens if their holdings are subject to unlimited government readjustment. Properly understood, democracy is not antagonistic to rights. It enthusiastically protects rights, thus constraining what majorities are able to do to individuals or groups. A democratic constitution is drawn up and interpreted with these ideas in mind.” (SUNSTEIN, 2001, p. 6-7)

“o direito à governança democrática é uma parte importante dos direitos que as pessoas têm, e esse ponto sugere que juízes, especialmente juízes interessados em proteger direitos, devem ser cuidadosos antes de invalidar resultados democráticos” (SUNSTEIN, 1996, p. 178, tradução livre).⁷⁰ Dworkin, por sua vez, funda suas ideias no princípio da integridade e no ideal de igual respeito e consideração.

Dworkin parece entender bem quais são as consequências dessa diferença para a teoria constitucional. Para ele, a ideia de que o controle de constitucionalidade pode em alguma medida comprometer a democracia – decorrente, em sua opinião, da concepção majoritária – tem sido o combustível para os debates sobre as situações em que esse comprometimento seria justificável. Essa ideia, segundo o autor,

[...] motiva a já mencionada busca sem fim por uma estratégia interpretativa “intermediária” entre a leitura moral e o originalismo, e é ela que exerce seu poder de tentação e leva grandes teóricos a construir uma série de epiciclos ptolomaicos na tentativa de reconciliar a prática constitucional com os princípios majoritários. (DWORKIN, 2006a, p. 27-28)

Sunstein pretende que sua proposta teórica sobre interpretação constitucional opere como um meio termo entre o perfeccionismo – como denomina, por exemplo, a visão de Dworkin sobre o direito como integridade – e o originalismo. Por isso, essa última observação contida na transcrição da obra deste autor permite encerrar o capítulo, mostrando como diferentes concepções de legitimidade e de democracia podem influenciar a estratégia interpretativa que se decide adotar.

⁷⁰ “[...] the right to democratic governance is an important part of the rights that people have, and this point suggests that judges, especially judges interested in protecting rights, should be cautious before invalidating democratic outcomes.” (SUNSTEIN, 1996, p. 178)

3. DUAS CONCEPÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O objetivo deste capítulo é avaliar a teoria desenvolvida por Cass R. Sunstein sobre acordos incompletamente teorizados, contrapondo-a ao direito como integridade, elaborado por Ronald Dworkin, a fim de lançar alguma luz sobre o problema dos limites da aplicação judicial do direito constitucional. As premissas para compreender o tema foram lançadas no capítulo anterior. Em primeiro lugar, a tradição constitucional norte-americana adotou uma série de estratégias para evitar o mal das facções, distribuindo os poderes governamentais entre ramos independentes. Um deles, o Poder Judiciário, pode em algumas circunstâncias intervir nos resultados do processo político majoritário, declarando a nulidade de atos legislativos inconstitucionais. Em segundo, os autores de referência divergem quanto ao papel institucional da Suprema Corte: para Dworkin, ela é por excelência o fórum de princípios, onde se deve decidir quais direitos os cidadãos têm contra o Estado; para Sunstein, essa é uma visão historicamente míope, pois em diversas circunstâncias os outros ramos do governo atuaram como fóruns de princípio. Em terceiro e último lugar, há também alguma discordância quanto à legitimidade do exercício da autoridade judicial para invalidar leis: Dworkin associa a legitimidade com o princípio da integridade e o ideal de igual respeito e consideração; Sunstein, em contrapartida, acha que essa é uma opinião que enfatiza em demasia o papel dos tribunais e, por essa razão, sustenta que a legitimidade revela-se por meio de uma estrutura institucional que possa ser considerada justa.

Com essas ideias em mente, ficam delineados os contornos gerais do contexto jurídico e institucional em que se desenvolveram as concepções de interpretação constitucional que aqui se pretende explorar. A estratégia de abordagem escolhida neste trabalho dispensa uma descrição detalhada sobre cada uma dessas concepções. Ao invés disso, procura manter o foco em problemas teóricos específicos que podem ser proveitosamente analisados a partir da contraposição entre os dois autores, suscitados, em alguma medida, pelas provocações de Manuel Atienza em seu *Curso de argumentación jurídica* (2013). Assim, pretende-se discutir em que medida os acordos incompletamente teorizados podem ser compreendidos como uma crítica ao ativismo judicial; quais razões institucionais Sunstein oferece em favor de sua proposta; a influência de John Rawls sobre os autores; e, por fim, as diferenças existentes na maneira como cada um compreende a exigência de coerência. Antes de analisar esses tópicos específicos, contudo, convém apresentar, como ilustração dos pontos em que há divergência, dois casos judiciais paradigmáticos.

O primeiro caso é *Washington vs. Glucksberg*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1997. Médicos que ocasionalmente tratavam pacientes em estágio terminal questionaram a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington de acordo com a qual “uma pessoa é culpada de incitação à tentativa de suicídio quando intencionalmente causa ou assiste outra pessoa a tentar suicídio” (DORSEN *et al.*, 2010, p. 604, tradução livre).⁷¹ Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que a proibição de causar ou de auxiliar um suicídio não viola o disposto na Décima Quarta Emenda, que é a cláusula do devido processo.⁷² O tribunal rejeitou os argumentos de que os seus precedentes refletiriam uma tradição de respeito à autodeterminação das pessoas e de que o direito ao suicídio assistido caracterizar-se-ia como um exercício básico e íntimo da autonomia pessoal. A Suprema Corte distinguiu o caso do precedente em *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* – no qual autorizou que fossem desligados os aparelhos que mantinham viva, em estado vegetativo, Nancy Cruzan, uma mulher que havia sofrido um acidente de carro, a pedido de seus pais –, afirmando que o julgamento neste caso baseou-se no direito de recusar tratamento, não em uma noção abstrata de autonomia pessoal. Além disso, o tribunal sustentou que a tradição jurídica norte-americana rejeita a permissão ao suicídio assistido e enumerou uma série de razões que poderiam justificar a proibição: o interesse do estado na preservação da vida; o risco de que a pessoa que busca assistência médica para suicidar-se esteja na verdade enfrentando uma depressão; o interesse do estado de proteger a integridade e a ética médica; a proteção a grupos vulneráveis, incluindo os pobres, os idosos e os deficientes (STONE *et al.*, 2009, p. 927-940). O voto majoritário não permite concluir com exatidão qual foi a *ratio decidendi* da decisão, pois a maioria só foi alcançada com os votos concorrentes, entre os quais o da ministra Sandra Day O’Connor, que não deixa clara a resposta para a pergunta mais estreita acerca da possibilidade de suicídio assistido nas situações em que o paciente estivesse enfrentando uma dor intensa e uma morte iminente, sem dispor de medicamentos paliativos.

Washington vs. Glucksberg suscita uma questão constitucional controversa que tem provocado um intenso debate entre estudiosos. O motivo por que o caso é relevante para este trabalho consiste no fato de que tanto Dworkin quanto Sunstein envolveram-se nesse debate.

⁷¹ “[...] a person is guilty of promoting a suicide attempt when he knowingly causes or aids another person to attempt suicide.” (DORSEN *et al.*, 2010, p. 604)

⁷² Décima Quarta Emenda: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em: 10 nov. 2013.

Suas abordagens diferentes podem servir como ilustração para as divergências que se pretende analisar.

Dworkin, poucos meses antes do julgamento de *Washington vs. Gluckberg*, apresentou um memorial à Suprema Corte em coautoria com outros cinco filósofos morais e políticos e na qualidade de *amicus curiae*, sustentando que os pacientes em estágio terminal têm um direito ao suicídio assistido. O texto, que ficou conhecido como *The Philosophers' Brief*, sugere o reconhecimento de que os indivíduos têm o direito de decidir o modo como enfrentarão ou o momento em que é eticamente apropriado antecipar a morte, sem que lhes seja imposta uma concepção religiosa ou filosófica ortodoxa de vida. A cláusula do devido processo protege essa liberdade, pois decisões sobre religião, afiliação política e moral, casamento, sexualidade e morte, em uma sociedade livre, devem ser tomadas pelos próprios indivíduos, em função de suas próprias crenças. No caso *Planned Parenthood vs. Casey*, no qual Suprema Corte reafirmou o direito ao aborto, estabeleceu-se que as pessoas têm o direito de tomar suas próprias decisões a respeito de questões “envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que alguém pode fazer em sua vida, escolhas centrais para a dignidade e autonomia pessoais” (DWORKIN *et al.*, 1997, tradução livre),⁷³ princípio que deveria ser estendido ao caso *Washington vs. Glucksberg*. Além disso, *The Philosophers' Brief* aponta uma inconsistência entre a decisão do caso *Cruzan* e a argumentação adotada pelo estado de Washington em defesa de sua legislação, pois a distinção entre o ato de matar um paciente e a omissão de deixá-lo morrer estaria “baseada em uma má compreensão dos princípios morais pertinentes” (DWORKIN *et al.*, 1997, tradução livre).⁷⁴ Para um paciente, dizem os filósofos, não há qualquer diferença relevante entre o término do tratamento que mantém uma pessoa viva e a administração de drogas ou a prescrição de comprimidos que antecipem a morte para o momento em que o indivíduo sinta-se preparado, se isso é o que ele quer.

Sunstein considera que os argumentos deduzidos em *The Philosophers' Brief* são razoáveis sob o ponto de vista da filosofia política e não podem ser facilmente refutados. Entretanto, em sua opinião, a Suprema Corte agiu corretamente ao rejeitá-los (SUNSTEIN, 1999, p. 247). Sua opinião não se fundamenta em uma razão de caráter substancial, mas em considerações sobre o papel institucional do tribunal. A Suprema Corte deve ser cautelosa ao reconhecer um direito em meio a questões complexas de fatos e de valores e evitar esvaziar as discussões sobre o tema no âmbito dos estados federados. Os estados têm uma lista de justificativas fortes para intrometerem-se nesse direito, as quais incluem o risco de abuso por

⁷³ “[...] involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy.” (DWORKIN *et al.*, 1997)

⁷⁴ “[...] based on a misunderstanding of the pertinent moral principles.” (DWORKIN *et al.*, 1997)

médicos e por outras pessoas e o perigo de que o direito ao suicídio assistido pudesse, na prática, diminuir em vez de aumentar a autonomia do paciente:

Há um ponto mais geral no pano de fundo: a liberdade pode não exigir respeito por escolhas individuais. Em algumas circunstâncias, dar às pessoas uma nova escolha pode na realidade reduzir sua liberdade, como quando a nova escolha aumenta a autoridade de outros, ou quando a nova escolha é acompanhada por normas sociais que diminuem a liberdade. Em alguns casos, a relação ambígua entre escolhas e liberdade enfraquece o argumento de que o devido processo requer respeito pela escolha. Quando novas escolhas podem diminuir a liberdade, há razões especiais para a Suprema Corte ser cautelosa sobre aceitar argumentos abstratos sobre liberdade como uma base para reconhecer um direito constitucional de escolher. (SUNSTEIN, 1999, p. 78, tradução livre)⁷⁵

Sunstein considera que, no caso *Washington vs. Glucksberg*, a Suprema Corte não sanou a dúvida sobre a possibilidade de que pessoas capazes sob intenso sofrimento e sob o iminente risco de morte possam contar com o auxílio médico para cometer suicídio, mantendo a questão em aberto. Para ele, essa foi uma solução adequada, pois as instituições representativas e a própria população podem continuar debatendo o tema. A melhor estratégia, segundo o autor, é presumir que a escolha é um direito fundamental e, com isso em mente, avaliar se as justificativas oferecidas pelos estados para interferir nesse direito são ou não são admissíveis constitucionalmente.

O segundo caso é o notório *Roe vs. Wade*, em que uma mulher grávida, um médico e um casal questionaram a constitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava o aborto, exceto por recomendação médica para salvar a vida da mãe. A Suprema Corte conferiu às mulheres o direito de abortar até o terceiro trimestre de gestação. O tribunal reconheceu a existência de um direito implícito à privacidade, que abrange a escolha da mulher de pôr a termo sua gravidez. Ademais, consignou que os fetos não são pessoas sob o ponto de vista jurídico e que, por esse motivo, não se sustenta o argumento do Texas de que sua legislação justificar-se-ia no direito à vida. Disse ainda que a Corte não se encontra em posição de especular quando se inicia a vida, tendo em vista que mesmo os médicos, filósofos e teólogos jamais chegaram a um consenso.

Dworkin concorda com a existência do direito ao aborto e com os fundamentos que a Suprema Corte utiliza para reconhecê-lo, reformulando-os por meio de argumentos sofisticados sobre liberdade religiosa. O autor sustenta que a distinção entre direitos enumerados e direitos implícitos não faz qualquer sentido e que, em virtude disso, não poderia

⁷⁵ “There is a more general point in the background: freedom may not require respect for individual choices. In some circumstances, giving people a new choice may actually reduce their freedom, as when the new choice actually increases the authority of others, or when the new choice is accompanied by social norms that diminish liberty. In some cases, the ambiguous relation between choices and freedom weakens the argument that the due process clause requires respect for choice. When new choices can diminish freedom, there is special reason for the Supreme Court to be cautious about accepting abstract arguments about freedom as a basis for recognizing a constitutional right to choose.” (SUNSTEIN, 1999, p. 78)

ser utilizada para rejeitar a conclusão de *Roe vs. Wade*. A constituição enuncia princípios abstratos de moralidade política que podem fundamentar um direito fundamental individual. Embora argumente que a Suprema Corte agiu corretamente ao deixar de atribuir a fetos o *status* de pessoa, esse não é, para Dworkin, o ponto central da discussão. A preocupação de fundo é a moralidade do aborto. O problema é saber se é possível sustentar legitimamente o valor intrínseco ou a santidade da vida. O governo deve permitir aos cidadãos tratar o tema como uma questão moral importante, porém não de uma maneira que determine a decisão final por meio da coerção. O impacto dessa decisão na vida da mulher grávida é muito maior do que no interesse da coletividade. Além disso, levando em consideração a existência de um desacordo moral entre as pessoas que compõem uma sociedade pluralista, a proibição ao aborto pode fazer com que uma mulher seja obrigada a tomar uma atitude contrária a suas convicções morais acerca do que o respeito à vida humana significa e exige. As convicções pessoais sobre a vida têm importância intrínseca para os indivíduos e fazem parte da formação de sua personalidade moral. Por todos esses motivos, as crenças pessoais sobre o valor intrínseco da vida humana são essencialmente religiosas. Assim, o estado insulta a dignidade de uma mulher grávida ao impor a ela uma escolha que pode não corresponder a suas crenças (DWORKIN, 1992).

Sunstein tem dúvidas de que a decisão do caso *Roe vs. Wade* tenha sido correta na época, pois a Suprema Corte poderia ter decidido o caso de maneira mais estreita, declarando, por exemplo, que os estados não podem impedir o aborto em caso de estupro (tal como *Roe* alegava ter acontecido com ela) ou ainda ter procedido de maneira lenta e incremental, deixando em aberto a questão mais ampla do direito ao aborto para deliberação democrática. Sunstein afirma a existência de um direito ao aborto, mas sustenta que o tribunal não precisava nem deveria ter fundamentado sua decisão no direito à privacidade nem ter declarado que fetos não são pessoas sob a ótica jurídica (SUNSTEIN, 1996, p. 180-181; 1999, p. 37, 114-115). O direito ao aborto, em sua opinião, é mais bem justificado com base no princípio da igual proteção:

Esse argumento vê a proibição ao aborto como inválida, porque ela envolve cooptação seletiva inaceitável de corpos femininos. Ela encerra a visão de que restrições sobre o aborto faz das capacidades reprodutivas femininas algo para o uso e controle dos outros. Distintamente da visão da privacidade, esse argumento não precisa e tampouco toma posição sobre o *status* do feto. Ele reconhece a possibilidade de que fetos sejam, em aspectos importantes, seres humanos. Ele não banaliza as convicções morais de boa-fé que crêem ser os fetos criaturas vulneráveis merecedoras de respeito e consideração. Ele está inteiramente confortável com a premissa de que a destruição de um feto é no mínimo um ato moralmente problemático. Todavia, ele assevera que sob as condições atuais, o governo não pode impor às mulheres a obrigação de proteger os fetos pela cooptação de seus

corpos, por meio do direito. Um ponto chave aqui é que em nenhum contexto o direito se imiscui no corpo dos homens de nenhuma maneira análoga. (SUNSTEIN, 2009a, p. 358-359)

Nesse quadro de referências, “restrições sobre o aborto deveriam ser vistas como uma forma de discriminação sexual” (SUNSTEIN, 2009a, p. 360), pois instrumentalizam o corpo feminino para a proteção de um feto e reproduzem o estereótipo inaceitável do papel das mulheres como portadoras de crianças. Essa é uma coerção seletiva, visto que somente as mulheres sofrem com a exigência de que seus corpos sejam devotados à proteção de um outro. “Uma imposição sobre mulheres, mas não sobre homens, viola a cláusula de igual proteção mesmo se uma imposição mais geral fosse inobjetable ou altamente desejável” (SUNSTEIN, 2009a, p. 362). A motivação discriminatória é suficiente para invalidar a lei. Porém, além disso, Sunstein destaca que, na realidade, a consequência da proibição ao aborto não é a proteção aos fetos, mas a submissão das mulheres a procedimentos abortivos perigosos. Todos esses argumentos são preferíveis àqueles utilizados pela Suprema Corte, porque não exigem que ela tivesse tomado uma posição com relação à questão moral controvertida quanto ao valor intrínseco ou a sacralidade da vida nem quanto ao *status* do feto como pessoa.

Uma vez realizada essa exposição sobre os casos *Washington vs. Gluckberg* e *Roe vs. Wade*, cabe agora reafirmar por que ela é relevante. No primeiro caso, conforme visto, Dworkin e Sunstein teriam chegado a resultados opostos se estivessem na posição de decidir. Na opinião daquele, o direito ao suicídio assistido decorre da capacidade de autodeterminação pessoal e da liberdade protegida pela cláusula do devido processo; na opinião deste, a questão foi corretamente deixada em aberto, pois a existência de inúmeros fatos e valores morais pertinentes sugere que o desacordo não poderia ser avaliado em sede judicial, mas por meio da deliberação democrática. No segundo caso, pelo contrário, ambos os autores teriam chegado ao mesmo resultado, pois reconhecem que as mulheres têm o direito de interromper sua gravidez se assim desejarem, ainda que Sunstein tenha dúvidas de que a Suprema Corte o tenha feito no momento e com os argumentos mais adequados.

O que explica a divergência em um caso e a concordância no outro são as diferentes concepções de interpretação que cada autor sustenta, além dos diferentes papéis que atribuem a cada ramo do governo. Revela-se conveniente mostrar suas opiniões acerca de dois casos constitucionais importantes, porque qualquer abordagem da interpretação constitucional deve ser defendida com base em suas consequências, conforme ambos os autores parecem acreditar (DWORKIN, 1997, p. 446; SUNSTEIN, 2009b, p. 19). Sunstein acrescenta que uma

abordagem deve também contar com um argumento a seu favor que leve em consideração “um conjunto de juízos sobre capacidades institucionais – acima de tudo, sobre as forças e das fraquezas das legislaturas e das cortes” (SUNSTEIN, 2009b, p. 19, tradução livre). São esses, portanto, os parâmetros que os autores propõem para avaliar diferentes concepções sobre interpretação constitucional e os limites de sua aplicação por órgãos judiciais.

3.1. Acordos incompletamente teorizados e a questão do ativismo judicial

Conforme dito na introdução a este trabalho, a ideia de contrapor o direito como integridade aos acordos incompletamente teorizados parte de uma provocação feita por Manuel Atienza em seu livro *Curso de argumentación jurídica* (2013). Atienza pergunta se a teoria elaborada por Cass R. Sunstein implica uma crítica ao ativismo judicial e se o modelo do juiz Hércules promovê-lo-ia. Para enfrentar a questão, faz-se necessário, antes de qualquer coisa, discutir o que são os acordos incompletamente teorizados. Sunstein não apresenta uma definição clara para essa expressão, mas utiliza exemplos e explica o seu modo de funcionamento. Então, será essa também a estratégia deste tópico.

Em 1984, o Congresso dos Estados Unidos instituiu a *United States Sentencing Commission*, órgão composto por sete membros indicados pelo presidente e aprovados pelo Senado, incluindo três juízes federais, para estabelecer diretrizes para a dosimetria das sanções aplicadas em face de crimes federais. A criação da comissão teve duas finalidades: em primeiro lugar, promover a honestidade nas sentenças, corrigindo a disparidade entre a condenação determinada na decisão e o tempo de cumprimento efetivo da pena antes do livramento condicional; em segundo, reduzir as injustificadamente amplas diferenças entre as punições aplicadas por diferentes cortes federais. Quando a comissão iniciou seus trabalhos, algumas pessoas sugeriam que ela adotasse um critério de “castigos justos”, o que exigiria que os tipos penais previstos na legislação fossem listados em ordem de gravidade e que depois fossem atribuídas a eles sanções proporcionais a essa gravidade. Entretanto, os membros da comissão tinham visões muito díspares sobre a ordem correta e sobre a seriedade de diferentes crimes. Outra sugestão foi a de que as penas fossem determinadas de acordo com o objetivo de prevenção, porém não havia dados empíricos convincentes que revelassem detalhadamente as implicações de pequenas variações na punição para a consecução da finalidade de prevenção. Diante disso, os membros da comissão tiveram de fazer concessões e decidiram partir da prática típica ou média do passado (BREYER, 1988, *passim*). Alguns anos depois,

Stephen Breyer, ministro da Suprema Corte e membro da *Sentencing Commission*, explicou os motivos por que o acordo foi necessário:

Por que a Comissão não se sentou e realmente racionalizou essa coisa ao invés de simplesmente tomar a história? A resposta curta a isso é: nós não podíamos. Não podíamos, porque há tantos bons argumentos por todos os lados apontando para direções opostas... Tente listar todos os crimes que existem em ordem de mérito da punibilidade... Depois colete resultados dos seus amigos e veja se eles combinam. Eu digo a você que não. (BREYER apud SUNSTEIN, 1996, p. 9, tradução livre)⁷⁶

Essa história ilustra o objetivo central a que se dedica Sunstein em seus trabalhos sobre acordos incompletamente teorizados: “*tornar possível obter acordo quando o acordo é necessário e tornar desnecessário obter acordo quando o acordo é impossível*” (SUNSTEIN, 1996, p. 8, tradução livre).⁷⁷ O sistema legal, para funcionar adequadamente, precisa desenvolver uma estratégia para produzir estabilidade e acordo em um contexto social de divergência e pluralismo. Essa é a vantagem dos acordos incompletamente teorizados – eles permitem que as pessoas convirjam em um resultado, sem necessariamente compartilharem teorias gerais e princípios com elevado nível de abstração que o justifiquem. Os participantes de um processo decisório podem adotar princípios de baixo nível de abstração sem desenvolver uma teoria de grande escala sobre o correto ou o bom, o que depende do pressuposto epistemológico de que é possível saber que algo é verdadeiro, sem saber por completo por que é verdadeiro (SUNSTEIN, 1996, p. 7). Por teoria geral, Sunstein entende “uma abordagem do direito que especifica um valor simples e (usualmente) unitário, que opera em um nível elevado de abstração, e que decide casos fazendo a teoria geral incidir” (SUNSTEIN, 1996, p. 14, tradução livre).⁷⁸

Sunstein alega que raramente as pessoas teorizam completamente um assunto, isto é, aceitam “tanto uma teoria geral quanto uma série de passos conectando essa teoria a conclusões concretas” (SUNSTEIN, 1996, p. 35, tradução livre).⁷⁹ Contudo, elas podem alcançar um acordo sobre o resultado de um processo (ou seja, a respeito de quem deve ganhar ou perder) acompanhado por princípios estreitos ou de nível baixo que o justifiquem. Esses princípios não derivam diretamente de qualquer teoria geral do correto ou do bom. Têm uma relação ambígua com essas teorias, podendo ser compatíveis com mais de uma delas.

⁷⁶ “Why didn’t the Commission sit down and really go and rationalize this thing and not just take history? The short answer to that is: we couldn’t. We couldn’t because there are such good arguments all over the place pointing in opposite directions.... Try listing all the crimes that there are in rank order of punishable merit.... Then collect results from your friends and see if they all match. I will tell you they don’t.” (BREYER apud SUNSTEIN, 1996, p. 9)

⁷⁷ “[...] to make it possible to obtain agreement where agreement is necessary, and to make it unnecessary to obtain agreement where agreement is impossible.” (SUNSTEIN, 1996, p. 8)

⁷⁸ “[...] an approach to law that specifies a simple and (usually) unitary value, that operates at a high level of abstraction, and that decides cases by bringing the general theory to bear.” (SUNSTEIN, 1996, p. 14)

⁷⁹ “[...] both a general theory and a series of steps connecting that theory to concrete conclusions.” (SUNSTEIN, 1996, p. 35)

Os acordos incompletamente teorizados não são, para Sunstein, uma consequência infeliz do fato do pluralismo razoável. Suas virtudes estão relacionadas com os usos construtivos do silêncio (acerca de algo que pode se mostrar falso ou excessivamente controverso). O uso construtivo do silêncio “não consiste numa defesa da prática nada recomendável de postergar a tomada de uma decisão judicial exclusivamente pelas repercussões políticas que ela viria a gerar: o silêncio refere-se aos fundamentos mais abstratos que suportam a decisão específica” (OLIVEIRA, 2007, p. 15). Os usos construtivos do silêncio podem “ajudar a minimizar o conflito, permitem ao presente aprender com o futuro e economizam um grande tempo e custo” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução livre).⁸⁰ Eles são, portanto, uma estratégia para reduzir os custos políticos de uma decisão controversa, evitando colocar em jogo as teorias abstratas sobre o bom e o justo em que as pessoas fundamentam suas opiniões, permitindo que elas aceitem, ainda que relutantemente, o caráter vinculativo da decisão judicial (SUNSTEIN, 2000, p. 124-126).

Em órgãos colegiados, os acordos incompletamente teorizados permitem a convergência em um resultado particular, mesmo entre pessoas que divergem quanto a princípios gerais, contribuindo para a estabilidade social e evitando que desacordos surgissem em todas as disputas públicas ou privadas. Assim, permitem que as pessoas demonstrem algum grau de reciprocidade e respeito mútuo. Os juízes não devem pôr em dúvida as convicções mais arraigadas das pessoas, “pelo menos se esses compromissos forem razoáveis e não houver necessidade de fazê-lo” (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução livre).⁸¹ Isso explica por que Sunstein prefere compreender a questão do aborto como um problema de discriminação sexual. Esse entendimento permitiria reafirmar o precedente em *Roe vs. Wade* “sem desafiar o juízo de que o feto é um ser humano” (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução livre).⁸²

Há um ponto mais abstrato aqui. A moralidade humana reconhece bens irredutivelmente diversos, que não podem ser subsumidos de um valor “mestre”. O mesmo é verdade para valores morais refletidos no direito. Qualquer teoria simples, geral e monista ou de valor único de uma ampla área do direito – liberdade de expressão, contratos, propriedade – é provavelmente rude demais para ajustar-se aos nossos melhores entendimentos dos valores múltiplos que estão em jogo nessa área. Seria absurdo tentar organizar os julgamentos jurídicos por intermédio de uma concepção única de valor. (SUNSTEIN, 1996, p. 43, tradução livre)⁸³

⁸⁰ “[...] can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense.” (SUNSTEIN, 1996, p. 39)

⁸¹ “[...] at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so.” (SUNSTEIN, 1996, p. 40)

⁸² “[...] without challenging the judgment that the fetus is a human being.” (SUNSTEIN, 1996, p. 40)

⁸³ “There is a more abstract point here. Human morality recognizes irreducibly diverse goods, which cannot be subsumed under a single “master” value. The same is true for moral values reflected in the law. Any simple, general, and monistic or single-valued theory of a large area of the law – free speech, contracts, property – is likely to be too crude to fit with our best understandings of the multiple values that are at stake in that area. It would be absurd to try to organize legal judgments through a single conception of value.” (SUNSTEIN, 1996, p. 43)

Os acordos incompletamente teorizados estão também ligados ao ideal do Estado de Direito (*rule of law*), que tenta prevenir que as pessoas invoquem suas concepções particulares sobre o correto e sobre o bom para decidir controvérsias concretas. O Estado de direito determina que certas ideias sobre o correto e sobre o bom não podem ser utilizadas por agentes públicos que ocupam certos papéis sociais, porque seu nível elevado de teorização frequentemente as torna arrogantes ou sectárias. A presunção contra teorias de nível elevado atende ao ideal do Estado de Direito “na medida em que é um esforço para limitar o exercício da discricionariedade no momento da aplicação” (SUNSTEIN, 1996, p. 45, tradução livre).⁸⁴ A maior parte da atividade judicial e o trabalho ordinário de interpretação de precedentes e de leis na *common law* exige apenas princípios de nível baixo acerca dos quais o acordo é possível, exceto em situações muito excepcionais em que a ambição teórica torna-se necessária ou é insistente para resolver um caso.

Sunstein considera que não há razão para preferir teorias abstratas a um julgamento particularista. As teorias podem ser vistas “simplesmente como o meio (construído humanamente) por meio do qual as pessoas conferem sentido aos juízos que constituem seus mundos ético e político” (SUNSTEIN, 1996, p. 52, tradução livre).⁸⁵ Uma teoria imperfeita ou simplória pode ser uma maneira confusa de conferir sentido aos nossos juízos sobre casos particulares. Sunstein argumenta que “é possível que juízos morais sejam mais bem descritos não como uma emanção de uma teoria ampla, mas ao invés disso como parte de um processo de reflexão sobre casos prototípicos ou ‘precedentes’ a partir dos quais juízes morais – cidadãos e especialistas – trabalham” (SUNSTEIN, 1996, p. 52-53, tradução livre)⁸⁶

O autor assevera que as vantagens dos acordos incompletamente teorizados são parciais, pois eles podem ser injustos. Os argumentos em seu favor são presumíveis, mas não se aplicam a todos os casos. Na eventualidade de que os juízes de um tribunal disponham uma teoria geral com a qual todos concordem e estejam comprometidos, eles devem dizer isso abertamente, inclusive para que as pessoas possam discutir e criticar as bases utilizadas para justificar a decisão. Além disso, uma teorização mais completa – “na forma de investigação mais ampla e profunda acerca das bases para julgamento – pode ser valiosa ou mesmo necessária para prevenir inconsistência, parcialidade ou interesse próprio” (SUNSTEIN, 1996,

⁸⁴ “[...] to the extent that it is an effort to limit the exercise of discretion at the point of application.” (SUNSTEIN, 1996, p. 45)

⁸⁵ “[...] theories are simply the (humanly constructed) means by which people make sense of the judgments that constitute their ethical and political worlds.” (SUNSTEIN, 1996, p. 53)

⁸⁶ “[...] it is possible that moral judgments are best described not as an emanation of a broad theory, but instead as part of a process of reflection about prototypical cases or ‘precedents’ from which moral thinkers – ordinary citizens and experts – work.” (SUNSTEIN, 1996, p. 52-53).

p. 44, tradução livre).⁸⁷ Se “uma teoria boa estiver disponível e se juízes puderem ser persuadidos de que essa teoria é boa, não deve haver um tabu contra sua aceitação judicial” (SUNSTEIN, 1996, p. 54, tradução livre).⁸⁸ Uma teoria com essas características pode resultar de um processo de generalização e refinamento de acordos incompletamente teorizados, os quais permitem testá-la com referência constante a casos concretos.

Há, na opinião de Sunstein, duas maneiras principais de atingirem-se acordos incompletamente teorizados. A primeira é por intermédio de analogias. A segunda é por meio das regras, cuja característica central é a especificação de resultados antes que casos particulares surjam. Tanto as analogias quanto as regras dispensam, segundo afirma, teorias profundas sobre o bom ou o correto. Além disso, as analogias podem ser utilizadas para “construir uma concepção do Estado de Direito que conceda um lugar para a particularidade assim como para a generalidade” (SUNSTEIN, 1996, p. 63, tradução livre).⁸⁹ Por esse motivo, vale a pena estudá-las um pouco melhor.

O raciocínio por meio de analogias depende de que seja oferecida uma razão ou um princípio que opera em um nível baixo de abstração a fim de revelar a semelhança ou a diferença entre o precedente e o caso que se está apreciando no momento. A analogia, tal como descrita por Sunstein, não funciona como a dedução, pois requer um princípio ou uma regra que justifique o caso paradigma e o caso objeto de julgamento. O raciocínio analógico auxilia a concretização da consistência principiológica, pois algum princípio deve ser invocado para harmonizar resultados aparentemente díspares para casos semelhantes. Ele se desenvolve a partir das particularidades de casos concretos e por intermédio de referências constantes a eles. Suas vantagens são o compromisso com a consistência e com o tratamento igual, o funcionamento como fontes de princípios e políticas, a evasiva da arrogância, o favorecimento ao planejamento e à segurança jurídica, a adequação aos limites de tempo e a disposição para tornar mais fácil o acordo entre pessoas que divergem acerca de muitos assuntos (SUNSTEIN, 1996, p. 62-77).

As regras, por sua vez, podem ser definidas como “a completa ou quase completa atribuição de direitos prévia aos fatos, ou a completa ou quase completa especificação de consequências jurídicas prévia aos fatos” (SUNSTEIN, 1996, p. 22, tradução livre).⁹⁰ Elas limitam as bases permissíveis para a ação e para a argumentação e ajudam a produzir acordos

⁸⁷ “[...] in the form of wider and deeper inquiry into the grounds for judgment – may be valuable or even necessary to prevent inconsistency, bias, or self-interest.” (SUNSTEIN, 1996, p. 44)

⁸⁸ “If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance.” (SUNSTEIN, 1996, p. 54)

⁸⁹ “[...] to build a conception of the rule of law that allows a place for particularity as well as generality.” (SUNSTEIN, 1996, p. 63)

⁹⁰ “[...] the full or nearly full before-the-fact assignment of legal entitlements, or the complete or nearly complete before-the-fact specification of legal outcomes.” (SUNSTEIN, 1996, p. 22)

incompletamente teorizados, na medida em que os aplicadores podem concordar com a sua autoridade sem aceitar que se trata de uma boa regra e com a sua razoabilidade sem tomar posição em relação a teorias do bom e do justo, além de diminuïrem o nível de divergência entre as pessoas sujeitas a elas. De acordo com Sunstein, “quando regras estão em vigor, teorias de nível elevado não precisam ser invocadas para nós sabermos o que regras significam e se elas são vinculativas” (SUNSTEIN, 1996, p. 111, tradução livre).⁹¹

Os acordos incompletamente teorizados compõem o aspecto procedimental do minimalismo, que é a forma de decisão judicial defendida por Sunstein. Uma de suas principais características, como resulta evidente de toda a exposição, é a manutenção de muitas questões não decididas, resolvendo o caso concreto e deixando os problemas mais controversos para serem deliberados democraticamente. Essa afirmação tem várias implicações, entre as quais se destacam a recomendação de que as cortes evitem decidir questões que não são necessárias para resolver o caso concreto, de que elas se recusem a conhecer de casos que não estejam maduros (*ripe*) para julgamento e de que respeitem seus próprios precedentes. Os acordos incompletamente teorizados, conforme argumenta o autor, ajustam-se bem a um sistema que adota a regra do *stare decisis*, na medida em que separam a *ratio decidendi* ou *holding*, a parte crucial da decisão que deve ser observada no futuro, e os *obiter dicta*, alegações que não têm autoridade sobre o futuro (SUNSTEIN, 1999, *passim*).

O minimalismo contém, ainda, uma dimensão substancial, que consiste no núcleo dos direitos fundamentais consagrados na tradição constitucional. Trata-se de compromissos básicos amplamente compartilhados e judicialmente exigíveis, que obtêm apoio tanto de conservadores quanto de liberais, tanto daqueles que reivindicam maior ativismo judicial quanto daqueles que advogam em favor da contenção. Sunstein enumera e traça os contornos gerais de dez desses compromissos, os quais incluem a proteção contra a prisão não-autorizada, o direito ao voto, a proteção ao dissenso político, a liberdade religiosa, a proteção contra a invasão física da propriedade e contra o abuso policial, o Estado de Direito, a proibição à tortura, a proteção contra a escravidão ou a subordinação com base na raça ou no sexo e a proteção do corpo humano contra a invasão governamental. Muitos casos podem ser decididos por meio da expansão, da redução ou da elaboração do núcleo dos direitos, o que revela a relação entre os aspectos procedimental e substancial do minimalismo (SUNSTEIN, 1999, p. 61-72).

⁹¹ “When rules are in place, high-level theories need not be invoked in order for us to know what rules mean, and whether they are binding.” (SUNSTEIN, 1996, p. 111)

Com essas informações, torna-se possível enfrentar a questão principal a que se destina este tópico: revelar em que medida os acordos incompletamente teorizados constituem uma crítica ao direito como integridade e ao ativismo judicial que ele supostamente favoreceria. Um ponto de partida para enfrentar o problema pode ser a caracterização que Sunstein faz do trabalho de Dworkin. Sua interpretação é de que este autor estimula, pelo menos como ideal, grau um elevado de teorização e autoconsciência na formação do juízo sobre casos concretos. Quanto a essa afirmação, parece não haver divergência – o próprio Dworkin afirma que “a abordagem teórica [...] não é apenas atraente, mas também inevitável” (DWORKIN, 2010, p. 73).

Dworkin desenvolveu o direito como integridade por meio da metáfora do romance em cadeia. O juiz é como o autor que deve dar continuidade a um romance que já contém vários capítulos escritos por um grupo de outras pessoas. Ao apreciar um caso concreto, ele deve mostrar o direito pré-existente sob a sua melhor luz (DWORKIN, 2007b, *passim*). Os dois requisitos fundamentais da interpretação são “em primeiro lugar, aceitação de certos princípios deontológicos, como o direito de toda pessoa a igual respeito e consideração; e em segundo, aderência a um padrão uniforme e coerente, a saber, aquele da integridade, o qual demanda consistência entre cada nova interpretação judicial e o corpo das interpretações judiciais passadas” (ROSENFELD, 1994, p. 1067, tradução livre).⁹²

O juiz Hércules é um juiz com capacidade e paciência sobre-humanas. De acordo com a teoria do direito como integridade, ele “deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais” (DWORKIN, 2007b, p. 288). Sunstein parece interpretar o modelo como a proposta de um ideal normativo para os juízes da vida real, que devem, na medida do possível, proferir decisões que sejam, em última análise, coerentes com os princípios de moralidade política que justifiquem as estruturas e as práticas jurídicas de uma comunidade. A diferença entre as concepções interpretativas dos dois autores é muito clara, já que Dworkin favorece uma reflexão profunda sobre um “vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos” (DWORKIN, 2010, p. 73), enquanto Sunstein favorece princípios de nível baixo de abstração, ajustados às particularidades do caso concreto:

Mas Dworkin não defende acordos incompletamente teorizados. Pelo contrário, sua explicação parece exigir que juízes desenvolvam teorias de nível elevado e não favorece (para dizer o mínimo) a modéstia teórica. Nas mãos de Dworkin, as teorias relevantes são amplas e abstratas; elas soam exatamente como filosofia política ou teoria moral. Em sua visão, o direito da responsabilidade civil reflete uma teoria da

⁹² “[...] first, acceptance of certain deontological principles, such as the right of each person to equal respect and dignity; and second, adherence to a uniform and coherent standard, namely that of integrity, which demands consistency between every new judicial interpretation and the corpus of past judicial interpretations.” (ROSENFELD, 1994, p. 1067)

igualdade, e o direito da liberdade de expressão uma teoria da autonomia. Essas teorias derivam de problemas particulares e são levadas a incidir sobre eles. Mas esse não é o modo como juristas reais procedem. Eles tentam evitar questões amplas e abstratas. Essas questões são difíceis, extensas e abertas demais para agentes jurídicos lidarem. Elas obstam que pessoas que discordam sobre princípios amplos alcancem consenso acerca de resultados particulares. Nesse sentido, Hércules não poderia realmente participar de deliberações judiciais comuns; ele seria visto como um usurpador, ou mesmo um esquisito. (SUNSTEIN, 1996, p. 49, tradução livre)⁹³

Dworkin antecipou a crítica de que o juiz Hércules seria um mito, pois “nenhum juiz de verdade tem seus poderes, e é absurdo apresentá-lo aos outros como um modelo a ser seguido” (DWORKIN, 2007b, p. 315). Embora reconheça que qualquer juiz verdadeiro decide de maneira menos metódica, o autor responde a essa crítica afirmando que “Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica” (DWORKIN, 2007b, p. 316), porque seus “juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza” (DWORKIN, 2007b, p. 316) do que os de juízes reais. É essa afirmação que Sunstein alega rejeitar, pois, em sua opinião, decisões judiciais baseiam-se em materiais diferentes e têm caráter diferente, “não só em razão das limitações de tempo e de capacidade, mas também em função da moralidade distintiva de julgar em uma sociedade pluralista” (SUNSTEIN, 1996, p. 50, tradução livre).⁹⁴

Dworkin diz que Sunstein claramente não conseguiu negar que Hércules é um modelo vantajoso para revelar a estrutura das decisões judiciais nem que suas proposições têm a mesma natureza que as de um magistrado real (DWORKIN, 2010, p. 97). Dworkin, então, reformula a caracterização de Hércules para mostrá-lo não exatamente como um ideal a ser imitado, na medida do possível, pelos juízes de carne e osso, mas como um modelo explicativo, útil precipuamente para a compreensão de sua teoria normativa da decisão judicial:

Tentei apreender essa vulnerabilidade, em princípio, na descrição do heroico juiz Hércules, que, tendo em vista seus atributos, poderia muito bem seguir a direção oposta àquela por mim descrita. Ele poderia expressar seus pensamentos sobre uma vasta gama de problemas, desde os mais específicos até outros, mais amplos e abstratos, não de dentro para fora, como fazem muitos juristas, mas sim de fora para dentro, da maneira contrária. Antes de julgar seu primeiro caso, ele poderia elaborar uma teoria gigantesca, de grande abrangência e apropriada a todas as situações. Ele poderia decidir todas as questões fundamentais de metafísica, epistemologia e ética, e também de moral, inclusive de moralidade política. Poderia decidir sobre o que existe no universo, e por que se justifica que ele pense que é aquilo que existe; sobre

⁹³ “But Dworkin does not defend incompletely theorized agreements. On the contrary, his account appears to require judges to develop high-level theories and does not (to say the least) favor theoretical modesty. In Dworkin’s hands, the relevant theories are large and abstract; they sound just like political philosophy or moral theory. On his view, the law of tort reflects a theory of equality, and the law of free speech a theory of autonomy. These theories are derived from and brought to bear on particular problems. But this is not how real lawyers proceed. They try to avoid broad and abstract questions. Such questions are too hard, large and open-ended for legal actors to handle. They prevent people who disagree on large principles from reaching consensus on particular outcomes. In this way, Hercules could not participate in ordinary judicial deliberations; he would be seen as a usurper, even an oddball.” (SUNSTEIN, 1996, p. 49)

⁹⁴ “[...] not only because of limits of time and capacity, but also because of the distinctive morality of judging in a pluralistic society.” (SUNSTEIN, 1996, p. 50)

o que a justiça e a imparcialidade exigem; sobre o que significa a liberdade de expressão quando bem compreendida, e se e por que se trata de uma liberdade particularmente digna de proteção; e sobre quando e por que é correto exigir que as pessoas cuja atividade está ligada ao prejuízo de outras as indenizem por tal prejuízo. Ele poderia combinar tudo isso e outras coisas mais de modo a formar um sistema maravilhosamente arquitetônico. Ao surgir um novo caso, ele estaria muito bem preparado. Partindo de fora – começando, talvez, nas dimensões intergalácticas de sua maravilhosa criação intelectual –, ele poderia debruçar-se calmamente sobre o problema em questão: encontrar a melhor justificação possível para o direito em geral, para a prática jurídica e constitucional norte-americana enquanto um ramo do direito, para a interpretação constitucional, para a responsabilidade civil e então, finalmente, para a pobre mulher que tomou comprimidos em excesso e para o homem enfurecido que pôs fogo na bandeira. (DWORKIN, 2010, p. 78-79)

É possível especular que Dworkin realiza uma descrição hiperbólica do juiz Hércules nesse trecho exatamente para mostrar que ele cumpre uma função mais epistêmica do que normativa – vale dizer, o modelo ajuda a entender os pressupostos teóricos da interpretação constitucional, sem que deva ser necessariamente seguido. Dworkin tem consciência de que a maior parte dos juristas e das pessoas comuns raciocina “de dentro para fora”, partindo de “problemas distintos que nos são impostos pela profissão, responsabilidade ou acaso, e o alcance de nossas indagações encontra-se limitado não apenas pelo tempo de que dispomos, mas também pelos argumentos que concebemos ou com os quais nos defrontamos” (DWORKIN, 2010, p. 79). Em outras palavras, os juízes partem de problemas concretos que precisam resolver, operando uma ascensão teórica (ou uma “escalada justificadora”) quando necessário para refletir sobre o caso que têm em mãos. Diz o autor que essa “escalada pode ser rara. Mas a questão absolutamente crucial é que não existe nenhum teste *a priori* ou abrangente que nos permita decidir quando ela se fará necessária” (DWORKIN, 2010, p. 79).

A fim de esclarecer por que Hércules pode ser mais bem compreendido como uma figura necessária para explicar teoricamente a possibilidade permanente de ascensão teórica do que como um ideal a ser copiado, além de exibir de que maneira o raciocínio “de dentro para fora” é compatível com o raciocínio “de fora para dentro”, é possível recorrer à imagem da deusa Minerva, que passou “os séculos necessários para dominar a história do espaço e do tempo e as forças fundamentais da teoria das partículas antes de se dedicar a construir uma simples ponte. Então, quando alguém lhe perguntasse se determinado metal suportaria um certo peso, ela poderia inferir a resposta a partir de sua teoria maravilhosa e completa” (DWORKIN, 2010, p. 80).

É claro, porém, que nenhum cientista poderia sequer começar a seguir o exemplo de Minerva. Uma engenheira que constrói um novo tipo de ponte trabalha de dentro para fora. Ela só sabe com quais problemas vai se deparar quando eles se apresentarem, e não tem como dizer, pelo menos até esse momento, se os problemas que inevitavelmente encontrará vão exigir que ela repense algum princípio da metalurgia, ou se, caso o façam, sua incursão pela metalurgia vai exigir que ela – ou

outra pessoa – repense a física de partículas. A história de Minerva (admitindo-se a possibilidade da vida dessa deusa) é uma maneira de examinar os pressupostos básicos que, por sua vez, explicam por que a escada da ascensão teórica está sempre ali, como presença e possibilidade, mesmo quando ninguém se predispõe a dar sequer o primeiro passo para subir por ela. É isso que pretendi apreender, para o direito, na história de Hércules. (DWORKIN, 2010, p. 81)

Uma vez estabelecido que o juiz Hércules contribui para mostrar as condições de veracidade das proposições jurídicas, mas não constitui uma caracterização idealizada das responsabilidades de juízes comuns, pode-se voltar à resposta que Dworkin confere às críticas de Sunstein. A principal objeção daquele autor aos acordos incompletamente teorizados é a impossibilidade de saber de antemão quais casos exigirão uma ascensão teórica. O grau de ambição teórica depende do problema específico que os juristas precisam enfrentar. Também não ajuda, segundo Dworkin, apelar para a analogia, pois ela é cega sem teoria. Sunstein parece entender isso, visto que em sua opinião “o método da analogia exige o recurso a princípios gerais, mas insiste que essa concessão não elimina a distinção entre seus pontos de vista e a exposição teórica, porque, segundo diz, a analogia exige apenas o recurso a princípios ‘de nível mediano’” (DWORKIN, 2010, p. 99). Dworkin questiona a distinção entre princípios de nível elevado que a integridade exigiria e princípios de nível baixo ou mediano. Ele considera a classificação pouco elucidativa e acrescenta que “a própria ideia de uma restrição *a priori* à reflexão jurídica, definida como uma fronteira de abstração que não deve ser transposta por tal reflexão, é extremamente grotesca, tanto do ponto de vista fenomenológico quanto do lógico” (DWORKIN, 2010, p. 100).

Um exemplo de que a distinção entre diferentes níveis de abstração ou de ambição teórica dos princípios é problemática é o caso *Roe vs. Wade*, discutido na introdução deste capítulo. Conforme visto, Sunstein argumenta que seria preferível que a Corte tivesse baseado sua decisão no princípio de que homens e mulheres devem suportar em regra os mesmos encargos. Porém, conforme Dworkin assinala, não é de maneira alguma claro o que faz com que esse princípio seja de um nível inferior ao direito à privacidade, dado que tem implicações, por exemplo, sobre o alistamento militar, que este princípio em tese não possui (DWORKIN, 1997, p. 449). O argumento de que o apelo à cláusula de igual proteção permitiria à Suprema Corte decidir o caso sem resolver a questão moral controvertida sobre o *status* do feto como ser humano, facilitando, assim, o consenso acerca da solução jurídica adequada, ignora o fato de que muitas pessoas opõem-se não ao princípio utilizado para sustentar o direito ao aborto, mas à consequência do julgamento, que é a liberalização. É possível que para elas o reconhecimento do direito ao aborto seja equivalente à negação da

santidade ou do valor intrínseco que atribuem à vida, ainda que o tribunal não tenha se manifestado a esse respeito.

Toda essa exposição permite compreender os contornos gerais das duas concepções de interpretação constitucional defendidas por cada um dos autores de referência e deixa assentadas as premissas a partir das quais se pode inquirir em que medida os acordos incompletamente teorizados constituem uma crítica ao ativismo judicial que seria favorecido pelo direito como integridade. Essa investigação depende de um passo anterior, que é a própria definição de ativismo judicial. A expressão foi cunhada nos Estados Unidos e “empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969” (BARROSO, 2012, p. 244). De modo geral, tem sido utilizada para designar “uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos” (OLIVEIRA, 2007, p. 4). Juízes audaciosos “reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios” (OLIVEIRA, 2007, p. 4-5).

Em certo sentido, Dworkin é clara e assumidamente um defensor do ativismo judicial. Se essa expressão for tomada como uma filosofia “acerca do modo como os tribunais devem decidir problemas constitucionais difíceis e controversos” (DWORKIN, 2007a, p. 215) e se o seu programa for compreendido como um argumento em favor de que as cláusulas constitucionais abertas, como aquelas relacionadas à igual proteção e ao devido processo, sejam interpretadas como princípios que apelam a conceitos morais, então não há qualquer dúvida de que Dworkin defende o ativismo judicial. O autor sustenta que os magistrados devem abandonar a pretensão de decidir os casos constitucionais a partir de alguma concepção pré-estabelecida acerca do sentido dessas cláusulas gerais e, ao invés disso, desenvolver concepções que pareçam mostrar a prática jurídica sob sua melhor luz. O ativismo judicial demandaria, sob essa perspectiva, que os termos abertos da constituição fossem interpretados como conceitos desvinculados do significado que aqueles que originalmente os promulgaram pretendiam conferir-lhes, não como concepções específicas de igualdade ou de justiça que tenham sido previamente estabelecidas. Em outro sentido, contudo, Dworkin afasta-se completamente do ativismo judicial, pois não vê com bons olhos a visão pragmática de que os tribunais devem, simplesmente, adotar as decisões que tragam as melhores consequências ou que viabilizem o cumprimento de metas coletivas:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania. (DWORKIN, 2007b, p. 451-452)

Desse modo, observa-se que Dworkin não sustenta “a ideia de ativismo judicial [que] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos dois poderes” (BARROSO, 2012, p. 246), pois o juiz Hércules vai “recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio” (DWORKIN, 2007b, p. 474-475). O Poder Judiciário não é o fórum adequado para questões de política (*policy*) – “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36) –, mas é convocado a atuar quando o caso seja melhor compreendido como uma questão de princípio – “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36). Em síntese, o modelo proposto por Dworkin parece ser contido quanto à política, mas ativista quanto à argumentação por meio de princípios de moralidade política.

Nesse ponto, faz-se necessário um brevíssimo excursus para dizer que a distinção que Dworkin traça entre princípio e política e entre a atuação judicial em um caso e no outro parece depender de como se compreende a própria constituição. Conforme visto no capítulo anterior, a tradição constitucional norte-americana enfatiza a atenuação do mal das facções e o exercício justificável do poder político, de modo que a constituição pode ser compreendida principalmente como um instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado. Nesse contexto, a distinção entre princípio e política parece atender bem ao ideal do Estado de Direito (*rule of law*), tal como entendido nos Estados Unidos. Entretanto, como discutido, o

Estado de Direito adquire significados diferentes em cada tradição. Em razão disso, problemas podem surgir na transposição do direito como integridade para outro contexto jurídico. No Brasil, por exemplo, discute-se se prevaleceria “a ideia da constituição como um plano de transformações sociais e do Estado, fundada na visão de um projeto nacional de desenvolvimento” (BERCOVICI, 2013, p. 318-319). Há, no texto constitucional brasileiro, inúmeros dispositivos que têm sido denominados “normas programáticas”, cuja sindicabilidade é motivo de discussão doutrinária e jurisprudencial.

Sunstein não traça a mesma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política de maneira clara. Não há dúvida de que acordos incompletamente teorizados podem ser interpretados como uma crítica ao ativismo judicial. Porém, parece tratar-se de uma crítica fraca, que não favorece uma forma de contenção que impeça as cortes de invalidar os resultados dos processos políticos majoritários. Com efeito, a principal diferença entre a concepção de interpretação constitucional defendida por Sunstein em oposição àquela defendida por Dworkin parece ser o fato de que o minimalismo requer julgamentos superficiais (isto é, incompletamente teorizados, justificados por referência a um princípio de baixo nível de abstração) e estreitos (ou seja, adequados às particularidades do caso concreto, sem a pretensão de estabelecer regras gerais que poderão incidir sobre muitos casos futuros), ao passo que o direito como integridade demanda usualmente em casos difíceis julgamentos profundos (que levem em consideração uma variada gama de fatos e de valores a fim de encontrar o princípio que melhor justifique a área do direito em questão) e amplos (que estabeleçam regras que vincularão casos futuros). Sunstein acredita que muitos casos constitucionais não exigem uma teorização completa, a qual pode descarrilar para um debate jurídico estéril – altamente conceitual, terminológico e interminável –, porque são melhor compreendidos como problemas de fato:

Por essas razões, uma ênfase na (ocasional) necessidade de teoria ambiciosa não é propriamente errada – de fato não é errada de forma alguma – mas mal direcionada. Ela sugere que um sistema jurídico melhor, ou um direito constitucional melhor, virá de um sistema jurídico que é melhor em filosofia – como se o verdadeiro defeito do direito norte-americano fosse filosofia inadequada. Isso, mais uma vez, não é completamente sem razão; filosofia melhor pode até fazer direito melhor – mais justo, mais coerente, menos confuso – em alguns contextos. Mas muitas das lacunas mais importantes na prática e na compreensão do direito não têm nada a ver com filosofia. Então, qualquer pretensão de ambição teórica deve ser complementada e às vezes substituída por uma ênfase na necessidade de um melhor senso de fatos subjacentes. (SUNSTEIN, 1999, p. 253-254, tradução livre)⁹⁵

⁹⁵ “For these reasons, an emphasis on the (occasional) need for ambitious theory is not so much wrong – indeed it is not wrong at all – as misdirected. It suggests that a better legal system, or better constitutional law, will come from a legal system that is better at philosophy – as if the real flaw of American law is inadequate philosophy. This, again, is not without truth; better philosophy might well make law better – more fair, more coherent, less confused – in some contexts. But many of the most important gaps in the practice and understanding of law

Como se vê, o autor considera que há casos em que a ambição teórica é justificada – a diferença parece repousar sobre a ênfase de cada concepção de interpretação constitucional e sobre o contexto em que tem de ser decidido determinado caso. Por conseguinte, parece importante ter em conta quais são as circunstâncias em que se justifica a tentativa de atingir um juízo mais profundo e amplo:

Como uma questão prática, o minimalismo pode ser o único caminho para um tribunal colegiado, que pode ser incapaz de superar suas muitas divergências, e que pode ser capaz de convergir apenas para uma decisão minimalista. Se isso for assim, o minimalismo será não propriamente desejável, mas inevitável. Porém, vale a pena tentar uma ampla e profunda solução (1) quanto os juízes tiverem considerável confiança nos méritos dessa solução; (2) quando a solução puder reduzir custosa incerteza para cortes e litigantes futuros; (3) quando planeamento antecipado for importante; e (4) quando uma abordagem maximalista promover objetivos democráticos seja pela criação das condições para a democracia, seja pela imposição de bons incentivos aos agentes eleitos, incentivos aos quais eles provavelmente sejam sensíveis. O minimalismo torna-se mais atrativo (1) quando juízes estão procedendo em meio a incerteza factual ou moral (constitucionalmente relevante) e a circunstâncias que mudam rapidamente; (2) quando qualquer solução parecer suscetível de ser frustrada por casos futuros; (3) quando a necessidade de planeamento antecipado não parecer insistente; e (4) quando as condições para o autogoverno democrático não estiverem em jogo e objetivos democráticos não forem possivelmente promovidos por um julgamento vinculado a regras. Isso implica que o argumento em favor do minimalismo não é separável de uma avaliação das controvérsias substantivas subjacentes. (SUNSTEIN, 1999, p. 57, tradução livre)⁹⁶

Todas as ressalvas que Sunstein faz em relação a sua própria concepção de interpretação constitucional baseada em acordos incompletamente teorizados, somadas ao argumento de Dworkin no sentido de que não é possível saber de antemão quando as fontes do direito mais próximas serão suficientes para resolver um caso particular e quando se fará necessária uma ascensão teórica, parecem sugerir que a divergência entre os dois autores é menor do que a análise superficial de seus argumentos pode levar a crer. Além disso, o minimalismo, como diz Dworkin (1997, p. 432), parece exigir a convergência dos juristas e dos demais agentes políticos quanto a uma concepção complexa de democracia, contrariando a presunção em favor de menor ambição teórica. Mesmo assim, Sunstein insiste que o

have nothing to do with philosophy at all. Thus any claim on behalf of theoretical ambition should be supplemented and sometimes even replaced by and emphasis on the need for a better sense of underlying facts.” (SUNSTEIN, 1999, p. 253-254)

⁹⁶ “As a practical matter, minimalism may be the only possible route for a multimember tribunal, which may be incapable of bridging its many disagreements, and which may be able to converge only on a minimal ruling. If this is so, minimalism will be not so much desirable as inevitable. But it is worthwhile to attempt a broad and deep solution (1) when judges have considerable confidence in the merits of that solution, (2) when the solution can reduce costly uncertainty for future courts and litigants, (3) when advance planning is important, and (4) when a maximalist approach will promote democratic goals either by creating the preconditions for democracy or by imposing good incentives on elected officials, incentives to which they are likely to be responsive. Minimalism becomes more attractive (1) when judges are proceeding in the midst of (constitutionally relevant) factual or moral uncertainty and rapidly changing circumstances, (2) when any solution seems likely to be confounded by future cases, (3) when the need for advance planning does not seem insistent, and (4) when the preconditions for democratic self-government are not at stake and democratic goals are not likely to be promoted by a rule-bound judgment. It follows that the case for minimalism is not separable from an assessment of the underlying substantive controversies.” (SUNSTEIN, 1999, p. 57)

minimalismo é uma abordagem mais adequada aos limites institucionais do Poder Judiciário. Por isso, as razões institucionais em favor dessa teoria são o tema a ser analisado a seguir.

3.2. Razões institucionais em favor do minimalismo

Conforme antecipado no capítulo anterior, “no direito, debates acerca da interpretação são insistentemente institucionais, no sentido de que eles levantam questões sobre quem deve tomar quais tipos de decisões” (SUNSTEIN, 1996, p. 169, tradução livre).⁹⁷ Em virtude disso, razões em favor de uma ou de outra concepção de interpretação constitucional devem ser institucionais, ou seja, devem ser voltadas para o funcionamento adequado do direito:

Razões institucionais no direito – especialmente aquelas envolvendo a contenção judicial – são tipicamente projetadas para colocar entre parênteses questões fundamentais e para dizer que como quer que essas questões possam ser resolvidas em princípio, as cortes devem ficar de lado. A alocação de certos papéis tem uma função importante de permitir que resultados sejam atingidos sem forçar as cortes a tomar decisões sobre questões fundamentais. Essas questões são resolvidas por referência a competências institucionais, não em seus méritos. (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução livre)⁹⁸

A fim de mostrar como as estruturas institucionais de determinada comunidade podem influenciar a escolha da abordagem sobre interpretação constitucional mais apropriada, considerando suas características e seus limites, Sunstein oferece como ilustração a descrição de duas sociedades – Smallville e Olimpo. Na primeira, distinguem-se contornos que sugerem a adoção do minimalismo, “a visão de que juízes devem dar passos estreitos, teoricamente não ambiciosos, pelo menos quando lhes falta a experiência ou as informações para decidir amplamente ou ambiciosamente” (SUNSTEIN, 2009b, p. 21, tradução livre).⁹⁹ Na segunda, prevaleceriam características que tornariam mais indicada uma abordagem perfeccionista como o direito como integridade, de acordo com a qual “a constituição deve ser construída de uma maneira que tanto se ‘adeque’ quanto a torne melhor” (SUNSTEIN, 2009b, p. 22, tradução livre).¹⁰⁰

Mas imagine uma sociedade – acontece de ser chamada Smallville – na qual o significado público original da Constituição não é tão excelente, no sentido de que ele não protege adequadamente direitos, devidamente compreendidos, e no sentido

⁹⁷ “In law, debates over interpretation are insistently institutional, in the sense that they raise issues about who should make what sorts of decisions.” (SUNSTEIN, 1996, p. 169)

⁹⁸ “Institutional arguments in law – especially those involving judicial restraint – are typically designed to bracket fundamental questions and to say that however those questions might be resolved in principle, courts should stand to one side. The allocation of certain roles has an important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits.” (SUNSTEIN, 1996, p. 40)

⁹⁹ “[...] the view that judges should take narrow, theoretically unambitious steps, at least when they lack the experience or the information to rule broadly or ambitiously.” (SUNSTEIN, 2009b, p. 21)

¹⁰⁰ “[...] the Constitution should be construed in a way that both ‘fits’ with it and makes it best” (SUNSTEIN, 2009b, p. 22)

de que ele inclui entendimentos sobre instituições que se tornam obsoletas com o tempo, à medida que novas circunstâncias e recentes necessidades surgem. Imagine que em Smallville, o processo democrático é bom mas não excelente, no sentido de que ele às vezes produz ou permite injustiças significativas. Suponha finalmente que em Smallville, juízes vão se dar mal se atacarem por conta própria, mas muito bem se constroem modestamente e incrementalmente a partir de seus próprios precedentes, seguindo algo semelhante ao método da *common law*. Em uma sociedade assim, uma abordagem minimalista da Constituição teria muito a recomendá-la.

[...] Mas imagine uma sociedade – orgulhosamente chamada Olimpo, na qual o significado original do documento não protege adequadamente direitos, devidamente compreendidos. Imagine que o texto é geral o suficiente para ser lido como se provesse essa proteção adequada. Imagine finalmente que as cortes olímpicas, desprendidas das restrições Thayerianas (*Thayerian*),¹⁰¹ ou do entendimento original, ou do minimalismo, fossem gerar uma explicação dos direitos e das instituições muito melhor, criando as condições para a democracia e para a autonomia. No Olimpo, uma abordagem perfeccionista da Constituição pareceria completamente apropriada. (SUNSTEIN, 2009b, 21-23, tradução livre)¹⁰²

Sunstein claramente acredita que os Estados Unidos assemelham-se mais a Smallville do que ao Olimpo. Por isso, para entender os motivos que o levam a defender a abordagem minimalista, convém apresentar os limites institucionais das cortes que o autor alega existirem no contexto norte-americano. Ele diz, por exemplo, que a confiança excessiva no Poder Judiciário pode prejudicar os canais democráticos de deliberação política de duas maneiras distintas: ela pode provocar um desvio das energias e dos recursos da política ou pode obstaculizar um desfecho político. A participação política “tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade” (SUNSTEIN, 2009a, p. 186). Esses valores comunitários podem ser comprometidos pela ênfase na atuação dos tribunais. Sunstein cita como exemplo de uma situação em que isto teria acontecido o caso *Roe vs. Wade*, que teria enfraquecido o movimento feminista na década de 1970, que ganhou ânimo com as ameaças posteriores de revogação do precedente.

Nos Estados Unidos, como em muitos outros países, juízes vêm e fazem parte de um segmento muito reduzido da população: eles “tendem a ser juristas, em sua maioria do sexo

¹⁰¹ Trata-se de uma referência a James Bradley Thayer, autor que sustenta que as cortes não devem invalidar leis promulgadas legitimamente a menos que elas estejam em clara afronta à constituição (SUNSTEIN, 2009b, p. 19). Como essa concepção próxima ao majoritarismo não constitui objeto deste trabalho, assim como o originalismo, optou-se por deixar de fora as ilustrações que Sunstein elabora de Thayerville e de Scalialand (ou Scalialândia, se houver preferência por uma versão abreviada do nome dessa curiosa sociedade fictícia).

¹⁰² “But imagine a society – it happens to be called Smallville – in which the original public meaning of the Constitution is not so excellent, in the sense that it does not adequately protect rights, properly understood, and in the sense that it includes understandings about institutions that become obsolete over time, as new circumstances and fresh needs arise. Imagine that in Smallville, the democratic process is good but not great, in the sense that it sometimes produces or permits significant injustices. Suppose finally that in Smallville, judges will do poorly if they strike out on their own, but very well if they build modestly and incrementally on their own precedents, following something like the common-law method. In such a society, a minimalist approach to the Constitution would have a lot to commend it. [...] But imagine a society – proudly called Olympus – in which the original public meaning of the document does not adequately protect rights, properly understood. Imagine that the text is general enough to be read to provide that adequate protection. Imagine finally that Olympian courts, loosened from Thayerian constraints, or from the original understanding, or from minimalism, would generate a far better account of rights and institutions, creating the preconditions for both democracy and autonomy. In Olympus, a perfectionist approach to the Constitution would seem to be entirely appropriate.” (SUNSTEIN, 2009b, p. 21-23)

masculino, brancos, ricos, e mesmo que alguns sejam indubitavelmente ótimos deliberantes sobre direitos, ou especialistas em certas áreas do direito, eles não são treinados em filosofia, teoria política ou análise empírica” (SUNSTEIN, 1996, p. 177, tradução livre).¹⁰³ No caso da Suprema Corte norte-americana, entre os 111 ministros que serviram entre os anos de 1789 e 2010, somente dois eram negros: Thurgood Marshall, indicado pelo presidente Lyndon Johnson em 1967, e Clarence Thomas, indicado pelo presidente George H. W. Bush em 1991 para a vaga deixada por Marshall. Nesse mesmo período, apenas três mulheres foram nomeadas: Sandra Day O’Connor, Ruth Bader Ginsburg e Sonia Sotomayor (SMELCER, 2010, p. 6-8). Para Sunstein, o fato de que os magistrados constituem de modo geral um grupo homogêneo, formado por pessoas com experiências e conhecimentos parecidos, sugere a inexistência de qualquer razão para acreditar que eles seriam melhores do que quaisquer outros cidadãos ou ramos do governo para deliberar acerca de temas de moralidade política. Por isso, “em face da incerteza sobre essa questão, e de desacordo legítimo sobre muitos problemas morais subjacentes, o julgamento democrático deve prevalecer, pelo menos na maioria dos casos em que exista uma dúvida real se o dispositivo constitucional realmente o proíbe” (SUNSTEIN, 1996, p. 177, tradução livre).¹⁰⁴

Sunstein afirma, ainda, que as “decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais” (SUNSTEIN, 2009a, p. 188). Ele cita como exemplo o caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que as escolas segregadas são inerentemente iníquas e privam as pessoas negras da igual proteção sob o direito garantida pela Décima Quarta Emenda. Trata-se de um importante precedente, muitas vezes interpretado como a abolição do *apartheid* nos Estados Unidos. Ocorre que, em 1964, dez anos após a decisão do caso *Brown*, “não mais do que 1,2% das crianças negras no Sul frequentavam escolas integradas” (SUNSTEIN, 2009a, p. 188). Fez-se necessário o movimento dos direitos civis e o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo para que fosse disseminada a integração.

Além de a intervenção judicial ser um instrumento ineficaz para a promoção de reformas sociais de grande escala, Sunstein diz que os juízes e os tribunais, de modo geral, têm pouco conhecimento sobre questões sociais específicas e, com isso, não são capazes de apreender os efeitos sistêmicos frequentemente imprevisíveis da decisão. Em um processo judicial, os juízes têm acesso a apenas uma parte de totalidades complexas. Por exemplo, “a

¹⁰³ “[...] tend to be lawyers, mostly male, white, wealthy, and while some of them are undoubtedly superb deliberators about rights, or expert in particular areas of law, they are not trained in philosophy, political theory, or empirical analysis.” (SUNSTEIN, 1996, p. 177)

¹⁰⁴ “In the face of uncertainty on that question, and legitimate disagreement on many of the underlying moral issues, the democratic judgment should prevail, at least in most cases where there is real doubt about whether the constitutional provision really forbids it.” (SUNSTEIN, 1996, p. 177)

criação de um direito contra a poluição pode ter uma variedade de efeitos prejudiciais e não intencionais, inclusive um maior desemprego, mais pobreza e preços mais altos” (SUNSTEIN, 2009a, p. 190). Sunstein acredita que o argumento não repousa apenas no fato de que os juízes não são especialistas em áreas que requerem conhecimentos específicos. O ponto, diz ele, é “que legislaturas e burocracias estão em uma posição muito melhor para ter uma noção dos efeitos sistêmicos complexos de mudanças sociais de pequena escala” (SUNSTEIN, 1996, p. 177, tradução livre).¹⁰⁵

Os acordos incompletamente teorizados têm a vantagem de reduzir o custo político da divergência política persistente, pois eles evitam colocar em questão as convicções religiosas, políticas e filosóficas mais arraigadas das pessoas. Mesmo que o resultado de determinado caso desagrade a elas, suas crenças não terão sido menosprezadas, o que permite que aceitem a decisão. Eles também permitem a evolução moral com o tempo, pois um juízo completamente teorizado pode não acomodar as mudanças das circunstâncias ou dos valores compartilhados por uma determinada comunidade – “Se a cultura jurídica realmente atingisse um estágio final teórico, ela se tornaria rígida e calcificada demais [...]. Isso serviria mal à posteridade” (SUNSTEIN, 1996, p. 41, tradução livre).¹⁰⁶ São, ainda, adequados para lidar com as limitações de tempo e espaço, pois a teorização completa pode ser uma exigência irrazoável. O minimalismo, na medida em que favorece juízos estreitos e superficiais, é um produto da compreensão dos próprios limites cognitivos dos juízes e da consciência de sua racionalidade limitada (SUNSTEIN, 1999, p. 47).

Outra razão institucional que parece dar suporte ao minimalismo é a possibilidade de erros judiciais, que podem ter custos elevados se afetarem muitos casos subsequentes. Em razão disso, uma “abordagem mais lenta e evolutiva, envolvendo acréscimos de julgamentos caso a caso, pode produzir menos equívocos relativamente, já que cada decisão seria apropriadamente informada por um entendimento de fatos particulares” (SUNSTEIN, 1999, p. 49, tradução livre).¹⁰⁷ Dworkin, ao contrário, rejeita uma abordagem que seja incremental:

[...] quando estão em jogo direitos constitucionais, existe um risco enorme e permanente que se coloca contra quaisquer motivos que possam existir para os tribunais postergarem o reconhecimento das implicações plenas de suas decisões de princípio. É o risco de injustiça que corre um grande número de pessoas até que chegue para elas o momento propício. (DWORKIN, 2010, p. 197)

¹⁰⁵ “The point is that legislatures and bureaucracies are in a far better position to get a sense of the complex systemic effects of small-scale changes.” (SUNSTEIN, 1996, p. 177)

¹⁰⁶ “If the legal culture really did attain a theoretical end-state, it would become too rigid and calcified [...]. This would disserve posterity.” (SUNSTEIN, 1996, p. 41)

¹⁰⁷ “A slower and more evolutionary approach, involving the accretion of case-by-case judgments, could produce fewer mistakes on balance, since each decision would be appropriately informed by a understanding

Sunstein sabe que preferência por juízos teoricamente ambiciosos parte da suposição de que eles satisfariam melhor a necessidade de que direitos individuais sejam respeitados e de que a sociedade seja justa. O perfeccionismo coloca uma série de perguntas sobre por que uma pessoa que teve seus direitos violados teria de esperar e qual explicação permite que juízes permitam que a injustiça mantenha-se. Sunstein concede que seria difícil responder a essas indagações “se juízes estivessem em uma posição de tomar decisões precisas sobre o que a justiça exige” (SUNSTEIN, 1999, p. 49, tradução livre).¹⁰⁸ Porém, como juízes cometem erros, e como esses erros podem ter custos maiores se as decisões forem amplas e profundas, “o minimalismo pode ser justificado como uma maneira de aumentar ao invés de diminuir a justiça, e de aumentar ao invés de diminuir o reconhecimento de direitos, devidamente compreendidos” (SUNSTEIN, 1999, p. 49, tradução livre).¹⁰⁹ Na opinião de Dworkin, contudo, essa preocupação com a capacidade dos juízes de analisar questões difíceis de moralidade política revela-se um tanto exagerada:

Sunstein tem um outro argumento explícito, no entanto: Como Posner, ele pensa que juízes como um grupo carecem de competência para engajarem-se em continuada análise de questões difíceis de moralidade política. Essa preocupação é certamente muito exagerada. As questões de justiça sobre as quais a interpretação constitucional verte-se – se, por exemplo, a legitimidade política demanda que a cidadãos individuais seja permitido decidir questões de valor pessoais importantes por si sós – têm com efeito sido muito discutidas na literatura filosófica. Mas essas não são questões cuja compreensão requer muita ou mesmo alguma experiência em filosofia geral: Elas não são remotamente tão dependentes de treinamento prévio em filosofia quanto são questões em metafísica ou na filosofia da matemática ou da mente, por exemplo. Nem, a propósito, são elas tão intrinsecamente difíceis quanto as questões complexas da ciência biológica e da economia envolvidas em muitas decisões judiciais – naquelas considerando se materiais genéticos são patenteáveis, por exemplo. De qualquer maneira, dificilmente faz muito sentido supor que juízes, como um grupo, são menos capazes de entender ou refletir sobre questões morais complexas do que legisladores estaduais. (DWORKIN, 1997, p. 451, tradução livre).¹¹⁰

Para explicar por que acredita que os legisladores estão em melhores condições de tomar decisões sobre temas complexos de moralidade política, Sunstein vale-se do Teorema do Júri: “Suponha que exista um grupo de três pessoas em que cada membro tenha uma probabilidade de 67 por cento de estar certo. A probabilidade de que um voto da maioria vá

¹⁰⁸ “[...] if judges were in a position to make accurate decisions about what justice requires.” (SUNSTEIN, 1999, p. 49)

¹⁰⁹ “[...] minimalism may be justified as a way of increasing rather than decreasing justice, and of increasing rather than decreasing the recognition of rights, properly understood.” (SUNSTEIN, 1999, p. 49).

¹¹⁰ “Sunstein has another explicit argument, however: Like Posner, he thinks that judges as a group lack the competence to engage in sustained analysis of difficult issues of political morality. This concern is surely much exaggerated. The questions of justice on which constitutional interpretation turns – whether, for example, political legitimacy demands that individual citizens be permitted to decide important personal issues of value for themselves – have indeed been much discussed in the philosophical literature. But these are not issues whose understanding requires much if any background in general philosophy: They are not remotely as dependent on past training in philosophy as are questions in metaphysics or the philosophy of mathematics or mind, for example. Nor, for that matter, are they as intrinsically difficult as the massively complex questions of biological science and economics involved in many judicial decisions – in those considering whether genetic materials are patentable, for example. In any case, it hardly makes much sense to suppose that judges, as a group, are less able to understand or reflect on complex moral issues than are state legislators.” (DWORKIN, 1997, p. 451)

produzir a resposta correta é 74 por cento.” (SUNSTEIN, 2009b, p. 9, tradução livre).¹¹¹ Quanto maior o grupo, contanto que seus integrantes tenham uma chance superior a 50 por cento de estarem certos quanto às questões morais difíceis, maior a probabilidade de acerto da decisão. Aplicado ao direito constitucional, o Teorema do Júri sugere que sejam favorecidos os resultados atingidos por meio do desenvolvimento incremental da tradição jurídica ou por meio da deliberação democrática. Modestamente, pode-se dizer pelo menos que a resposta média de uma população grande é mais confiável do que a de juízes federais (SUNSTEIN, 2009b, p. 9).

Isso ajuda a explicar a relação entre minimalismo e democracia, entendida no sentido que foi explorado no capítulo anterior. O minimalismo confere ao processo democrático espaço para adaptar-se a circunstâncias supervenientes e permite que ele “produza concessões mutuamente vantajosas e adicione novas informações e perspectivas a problemas jurídicos” (SUNSTEIN, 1999, p. 53, tradução livre).¹¹² Esse espaço é devido em função da consciência de que juízes podem estar errados e, mesmo que estejam certos, podem gerar resultados contraproducentes. O minimalismo incorpora formas de decidir que promovem a democracia deliberativa, cujos objetivos centrais, já discutidos neste trabalho, são a responsabilização política (*political accountability*) e a justificação (*reason-giving*) na esfera pública, “associada ao controle do poder das facções e da representação em interesse próprio, as duas preocupações dos autores da constituição” (SUNSTEIN, 1999, p. 31, tradução livre).¹¹³

Sunstein rejeita o ceticismo moral, que em sua opinião não aponta para qualquer direção (SUNSTEIN, 1999, p. 247). Ele realça o consenso, mas não o identifica com a verdade nem com a justiça, deixando seu leitor na dúvida a respeito de quando o acordo é desejável. Por isso, Dworkin critica sua proposta de que direitos sejam construídos lentamente, passo a passo, porque o custo de aguardar o reconhecimento de direitos é instrumental e incompatível com a visão de que direitos têm uma importância moral independente, na medida em que “eles definem promessas que uma nação faz a seus cidadãos como indivíduos, ou estabelecem as condições que uma nação reconheceu como essenciais para a legitimidade democrática” (DWORKIN, 1997, p. 452, tradução livre).¹¹⁴ Eis, portanto, o modo como Dworkin enxerga a questão dos limites institucionais: ainda que eles existam, o

¹¹¹ “Suppose that there is a three-person group in which each member has a 67 percent probability of being right. The probability that a majority vote will produce the correct answer is 74 percent.” (SUNSTEIN, 2009b, p. 9)

¹¹² “[...] to produce mutually advantageous compromises, and to add new information and perspectives to legal issues.” (SUNSTEIN, 1999, p. 53)

¹¹³ “[...] associated with the control of factional power and self-interested representation, the constitutional framer’s dual concerns.” (SUNSTEIN, 1999, p. 31)

¹¹⁴ “[...] they define promises a nation makes to its citizens as individuals, or set the conditions a nation has recognized as essential to democratic legitimacy” (DWORKIN, 1997, p. 452).

direito como integridade exige dos juízes uma postura de que eles farão o melhor que estiver ao seu alcance para tomar a decisão correta.

3.3. A inspiração em John Rawls: entre o equilíbrio reflexivo (direito como integridade) e o consenso sobreposto (acordos incompletamente teorizados)

Um aspecto aparentemente notável da divergência entre Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein consiste no fato de que ambos buscam inspiração na obra de John Rawls. A descrição do direito como integridade assemelha-se à noção de equilíbrio reflexivo, método proposto por Rawls para a reflexão moral. Já a ênfase que Cass R. Sunstein confere ao acordo como ideal regulatório, tanto na política quanto no direito, tem duas fontes principais. A primeira delas já foi discutida: o republicanismo liberal que remonta ao pensamento de James Madison e Thomas Jefferson. A segunda é a ideia de consenso sobreposto, que se pretende explicitar neste tópico.

O equilíbrio reflexivo é um estado de coisas em que as convicções morais comuns das pessoas e alguma concepção de justiça que possa unificá-las e justificá-las encontram-se em harmonia. Essas crenças funcionam como pontos fixos provisórios de questionamento, que devem se encaixar em uma concepção de justiça aceitável. O processo de reflexão voltado para a finalidade de encontrar os princípios que sustentem essas convicções intuitivas pode seguir o seguinte caminho descrito por Rawls:

Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da situação inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos à reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas de equilíbrio reflexivo. É equilíbrio, porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo, porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem. (RAWLS, 2008, p. 24-25)

Por meio do equilíbrio reflexivo, a filosofia moral pode atingir os objetivos de revelar uma concepção de justiça que justifique as convicções morais intuitivas das pessoas e de fornecer orientação para os casos acerca dos quais as pessoas estejam em dúvida ou não

tenham qualquer opinião. A estrutura de princípios subjacente a essa concepção não apenas explica convicções morais pré-existentes, como também fundamenta os juízos morais. Por isso, a concepção de justiça deve expressar um conjunto de princípios que seja coerente, ainda que certas concessões e adaptações tenham de ser feitas (DWORKIN, 2007a, p. 243-244).

O equilíbrio reflexivo, segundo Dworkin, pressupõe uma teoria da coerência da moralidade que pode ser explicada por dois modelos: o natural, que parte da suposição de uma realidade moral objetiva que deve ser descoberta pelos indivíduos, tomando as intuições morais como evidências da natureza de princípios morais abstratos; e o construtivo, que trata essas intuições morais como traços de uma teoria geral que deve ser construída. Para Dworkin, existe uma analogia entre o modelo construtivo da moralidade com as decisões judiciais na *common law*: “Os precedentes específicos são análogos às intuições; o juiz tenta obter um ajuste entre esses precedentes e um conjunto de princípios que possa justificá-los e também justificar decisões posteriores que os extrapolem” (DWORKIN, 2007a, p. 250). Levando isso em consideração, pode-se dizer que a integridade é para o direito o que o equilíbrio reflexivo é para a filosofia moral: um estado de coisas em que juízos sobre casos concretos (precedentes judiciais ou intuições morais) harmonizam-se com uma teoria geral, alcançando a coerência horizontal e vertical. Essa contínua tentativa de estabelecer princípios gerais e de compatibilizá-los com juízos concretos sobre o que é correto e justo, fazendo ajustes interpretativos entre as concepções tanto sobre os princípios quanto sobre os juízos concretos, fornece, na opinião de Dworkin, um método adequado para o direito.

Sunstein concorda que o equilíbrio reflexivo pode ter um papel importante no direito, mas afirma existirem limites agudos quanto à extensão em que a busca por esse estado de coisas possa proporcionar um modelo para o raciocínio jurídico. Por isso, sua concepção de interpretação constitucional baseada em acordos incompletamente teorizados inspira-se largamente na noção de consenso sobreposto, que é uma estratégia sugerida por Rawls para estabelecer e preservar a unidade e a estabilidade sociais:

Desse modo, para mostrar como uma sociedade bem-ordenada pode unificar-se e se tornar estável, introduzimos outra ideia fundamental do liberalismo político: um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis. Em tal consenso, essas doutrinas subscrevem a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social se baseia em um consenso acerca da concepção política; e a estabilidade se torna possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade e quando as exigências da justiça não conflitam por demais com os interesses existenciais dos cidadãos, considerando-se o modo como esses interesses se formam e são fomentados pelos arranjos sociais de sua sociedade. (RAWLS, 2011, p. 157-158)

O consenso sobreposto permite que as pessoas cheguem a um acordo quanto a princípios políticos básicos a partir de suas próprias convicções e doutrinas abrangentes razoáveis – sejam elas religiosas, políticas ou filosóficas. Os acordos incompletamente teorizados compartilham com essa noção a finalidade de proporcionar estabilidade em meio a um contexto social de desacordo, levando em consideração a existência de diversas “visões abrangentes”. Com isso, “todos os cidadãos podem endossar, como legítimos, certos exercícios de poder político” (SUNSTEIN, 1996, p. 47, tradução livre).¹¹⁵ Porém, as duas ideias diferenciam-se, porque os problemas jurídicos precisam ser resolvidos por meio do acordo quanto a um resultado particular, ao passo que o desacordo ou a confusão no campo político, para Rawls, pode ser resolvida por recurso a um nível mais elevado de abstração, que é vista pelo autor como “uma forma de levar adiante a discussão pública quando entendimentos compartilhados de menor generalidade colapsam. Devemos estar preparados para descobrir que, quanto mais profundo o conflito, maior o nível de abstração a que devemos chegar para ter uma visão clara e ordenada de suas raízes” (RAWLS, 2011, p. 54). Portanto, enquanto os acordos incompletamente teorizados pregam o descenso a um maior grau de particularismo, o consenso sobreposto exige o movimento oposto de ascensão a níveis mais elevados de abstração.

A analogia entre consenso sobreposto e acordos incompletamente teorizados não parece ser tão evidente quanto a analogia entre equilíbrio reflexivo e direito como integridade. Rawls afirma, no mesmo capítulo de seu livro em que trata do assunto, que o controle de constitucionalidade exige a formulação de uma concepção política de justiça que possa ser considerada compatível com as doutrinas abrangentes com as quais os cidadãos encontram-se fundamentalmente comprometidos, porque “somente assim eles terão uma base razoável para a interpretação dos valores e padrões que a Constituição incorpora de forma explícita” (RAWLS, 2011, p. 196). Entretanto, a formulação teórica dos acordos incompletamente teorizados parece, pelo contrário, constituir uma estratégia para que a interpretação prescindia de princípios muito abstratos. Talvez a afirmação de que “algumas abstrações de fundo, ligadas à liberdade e à igualdade, devem limitar o conjunto permissível de acordos incompletamente teorizados” (SUNSTEIN, 1996, p. 48, tradução livre),¹¹⁶ a fim de reduzir o risco de acordos injustos, possa ser interpretada como uma aproximação. O que parece ser mais importante, no entanto, é a afirmação de Sunstein de que os acordos incompletamente teorizados têm com a filosofia política o mesmo tipo de relação que Rawls tenta por meio da

¹¹⁵ “[...] all citizens can endorse, as legitimate, certain exercises of political power.” (SUNSTEIN, 1996, p. 47)

¹¹⁶ “[...] some background abstractions, connected with liberty and equality, should limit the permissible set of incompletely theorized agreements.” (SUNSTEIN, 1996, p. 48)

ideia de consenso sobreposto estabelecer entre filosofia política e metafísica ou filosofia em geral (SUNSTEIN, 1996, p. 48).

Há um último problema: a relação entre equilíbrio reflexivo e consenso sobreposto. Este trabalho limita-se a enunciá-lo, pois resolvê-lo demandaria uma incursão aprofundada no pensamento de John Rawls, o que foge a seus propósitos estritos. Entretanto, pode-se fazer algumas especulações com base na resposta que o filósofo oferece à indagação de Habermas sobre a utilidade do consenso sobreposto para a formulação de uma concepção política de justiça:

A ideia muito diferente de consenso empregada no liberalismo político – a ideia que denomino *consenso sobreposto razoável* – é que a concepção política de justiça é primeiro articulada como uma visão que se sustenta por si própria e que pode ser justificada *pro tanto*, sem levar em conta ou tentar ajustar umas às outras as doutrinas abrangentes existentes [...], ou mesmo sem conhecê-las. Essa justificação *pro tanto* procura não colocar nenhum obstáculo a que as doutrinas razoáveis subscrevam uma concepção política, ao eliminar de tal concepção toda ideia que vá além do político, e a qual não seria razoável esperar que todas essas doutrinas pudessem aceitar (recorrer a ideias que vão além do político viola a ideia de reciprocidade). Uma vez que a concepção política satisfaça essas condições e também esteja completa, esperamos que as doutrinas abrangentes razoáveis que cidadãos razoáveis professam na sociedade possam subscrevê-la, e ela, com efeito, se mostre capaz de moldar essas doutrinas, inclinando-as em sua direção. (RAWLS, 2011, p. 460)

O trecho sugere que o consenso sobreposto e o equilíbrio reflexivo refiram-se a duas fases diferentes de justificação. O primeiro sustenta-se por si só, com fundamentos que não transcendem o domínio político, com a expectativa de que possa ser acolhido em uma segunda fase de justificação, na qual os cidadãos inserem a concepção política de justiça assim formada na doutrina abrangente com a qual se comprometem. O teste do equilíbrio reflexivo consiste na avaliação de se essa expectativa foi alcançada e se a concepção política pode ser considerada justificada por referência às doutrinas abrangentes existentes em uma sociedade. Nesse quadro de referências, os acordos incompletamente teorizados cingem-se a materiais jurídicos, como analogias e regras, da mesma maneira que o consenso sobreposto limita-se ao político; e o apelo do direito como integridade a princípios de moralidade política equivaleriam ao equilíbrio reflexivo entre a concepção política de justiça e as doutrinas abrangentes existentes em determinada sociedade.

Essa resposta ao problema da relação entre as duas noções extraídas do pensamento de John Rawls é especulativa e temporária. Trata-se meramente de uma hipótese para explicar um ponto que parece relevante: o fato de que tanto Dworkin quanto Sunstein buscam inspiração nas ideias daquele autor. Entender com mais rigor qual a relação entre consenso sobreposto e equilíbrio reflexivo e, além disso, qual a influência dessa relação sobre a

interpretação constitucional exigiria, como já dito, uma pesquisa com foco e escopo diferentes daquela realizada para a elaboração deste trabalho. Contudo, essa exposição pode contribuir para avaliar a exigência de coerência na interpretação constitucional, na visão dos dois autores de referência. Esse é o assunto do próximo e derradeiro tópico.

3.4. A exigência de coerência

Espera-se que todas as considerações que precedem este último item do estudo sobre os limites da aplicação judicial do direito constitucional tenham deixado assentadas as premissas para a análise de um último aspecto do tema: a exigência de coerência na argumentação jurídica. Tanto Ronald Dworkin quanto Cass R. Sunstein consideram a coerência um valor importante a ser tutelado por qualquer concepção adequada de interpretação constitucional. A coerência é vista por ambos como corolário da equidade, isto é, como uma decorrência lógica da necessidade de conferir a mesma solução a casos idênticos ou semelhantes sob todos os aspectos relevantes. Apesar disso, parece haver entre os dois autores, pelo menos na superfície, uma divergência acerca da viabilidade de concretização desse ideal em um contexto institucional que enfrenta todas as limitações anteriormente apresentadas. Esse aparente desacordo foi o que levou Atienza (2013) a propor uma contraposição entre as visões de cada um deles sobre a questão da coerência.

Dworkin parece comprometido com a pretensão de coerência vertical e horizontal, capaz de harmonizar, por um lado, o juízo sobre um caso particular com uma teoria geral formada por princípios de moralidade política que mostrem a prática jurídica sob sua melhor luz e, por outro, os juízos sobre casos particulares entre si. Esse parece, aliás, ser o sentido geral da metáfora do romance em cadeia (DWORKIN, 2007b, p. 275-279), bem como de sua aproximação com a noção de equilíbrio reflexivo:

Observe-se a ênfase de Rawls na complexidade como uma limitação em si mesma, e sua insistência em que a coerência se aplica, como ele afirma, a “todas as normas (...) em todos os níveis”. Os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente com doutrinas específicas aqui e ali, mas, da melhor maneira possível, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito. (DWORKIN, 2010, p. 354)

O direito como integridade foi classificado por alguns estudiosos como uma teoria “coerentista”, de acordo com a qual as condições de validade de uma proposição jurídica dependem exclusivamente de sua adequação à prática jurídica em cujo interior é formulada e

à teoria moral de fundo prevalecente em determinada comunidade política. Embora muitas críticas tenham sido esboçadas ao modelo “coerentista” de caracterização da verdade no direito, em especial quanto à existência de outros critérios igualmente importantes para a avaliação da argumentação jurídica (a exigência de universalidade e a adequação das consequências, por exemplo), a crítica de Sunstein é bem mais restrita. Ele argumenta que um sistema em que a jurisprudência precise ser seguida tem de abandonar a pretensão à integridade, pois a coerência total exigiria o abandono de muitos precedentes. Em razão disso, tudo a que os juristas podem aspirar é a coerência local:

Como eu já observei, acordos incompletamente teorizados são especialmente bem adaptados a um sistema que deve tomar precedentes como pontos fixos; juristas não poderiam tentar alcançar integridade completa sem comprometer severamente o sistema de precedentes. Usualmente a coerência local é o máximo a que juristas podem aspirar. Assim como a legislação não pode ser compreendida como se tivesse surgido de uma única mente, também precedentes, compilados por muitas pessoas respondendo a problemas diferentes em muitos períodos diferentes, não refletirá uma única voz autoral. (SUNSTEIN, 1996, p. 52, tradução livre)¹¹⁷

Sunstein afirma que “a *common law* reflete um conjunto complexo de julgamentos não unicamente deriváveis de um valor unitário, mas incorporando ao invés disso uma vasta gama de decisões baseadas em princípios de nível médio, alguns dos quais não são bem coerentes com outro” (SUNSTEIN, 1996, p. 79, tradução livre).¹¹⁸ Nesse contexto, a analogia – que, conforme visto, é uma das maneiras de se produzirem acordos incompletamente teorizados – mostra-se uma estratégia mais adequada, pois requer algum grau de consistência principiológica, visto que algum princípio deve ser invocado para explicar os juízos sobre os casos, sem ser demasiadamente ambiciosa:

O raciocínio analógico é bem menos ambicioso, já que não requer nada como a consistência horizontal e vertical. Coerência local é o máximo a que analogistas aspiram. Por que o raciocínio analógico é tão pouco ambicioso? Parte da razão tem a ver com as restrições distintivas encaradas por participantes no sistema jurídico. Muitos precedentes não podem ser escrutinizados por juízes em razão da autoridade limitada desses juízes; considere uma corte inferior enfrentando um precedente da Suprema Corte. Para pessoas pensando sobre moralidade ou política fora do sistema jurídico, em contrapartida, todos os julgamentos são provisórios, no sentido de que são pelo menos potencialmente sujeitos à revisão. À luz do sistema de precedente, o equilíbrio reflexivo é um ideal improvável para o direito. (SUNSTEIN, 1996, p. 33, tradução livre)¹¹⁹

¹¹⁷ “As I have noted, incompletely theorized agreements are especially well-adapted to a system that must take precedents as fixed points; lawyers could not try to reach full integrity without severely compromising the system of precedent. Usually local coherence is the most to which lawyers may aspire. Just as legislation cannot be understood as if it came from a single mind, so too precedents, compiled by many people responding to different problems in many different periods, will not reflect a single authorial voice.” (SUNSTEIN, 1996, p. 52)

¹¹⁸ “The common law reflects a complex set of judgments not uniquely derivable from a unitary value, but embodying instead a wide range of decisions based on mid-level principles, some of which do not cohere well with one another.” (SUNSTEIN, 1996, p. 79)

¹¹⁹ “Analogical reasoning is far less ambitious, for it does not require anything like horizontal and vertical consistency. Local coherence is the most to which analogizers aspire. Why is analogical reasoning so unambitious? Part of the reason has to do with the distinctive constraints faced by participants in legal system. Many precedents cannot be scrutinized by judges because of the limited authority of those judges;

Dworkin rebateu a crítica por meio de duas alegações. Em primeiro lugar, disse que a preocupação de Sunstein com o sistema de precedentes que caracteriza a tradição constitucional norte-americana é compartilhada pelo juiz Hércules, que a expressa por meio do princípio de “prioridade local”. Com efeito, a formulação teórica do direito como integridade assume que “as divisões do direito fazem sentido para as pessoas em geral, elas estimulam a atitude de protesto que a integridade favorece, pois permitem que tanto as pessoas comuns quanto os juízes sob grande pressão interpretem o direito dentro de limites práticos que parecem naturais e intuitivos” (DWORKIN, 2007b, p. 302). Portanto, para Dworkin, os juízes normalmente “podem chegar a respostas competentes mediante a simples consulta às fontes do direito e jurisprudência de sua própria jurisdição que se situam no entorno doutrinário de seu problema imediato” (DWORKIN, 2010, p. 37), ideia que se assemelha à aspiração de uma coerência local. Em segundo lugar, Dworkin afirma que o raciocínio analógico que Sunstein propõe não se diferencia da abordagem teórica que este autor pretende refutar (DWORKIN, 2010, p. 100). Dworkin veio a reconhecer que não há divergências abismais entre eles sobre a analogia, tendo em vista a exigência de explicitação de um princípio que justifique os resultados dos casos concretos avaliados. A analogia descrita por Sunstein, em sua opinião, “não tem qualquer papel argumentativo na história: Seu principal uso é para relatar um acordo que poderia ser relatado sem ela” (DWORKIN, 1997, p. 446, tradução livre).¹²⁰

Se essas considerações já lançam alguma dúvida sobre a existência de uma divergência significativa quanto à exigência de coerência na argumentação jurídica, elas são ainda reforçadas por um trabalho publicado por Sunstein em coautoria com três outros professores das áreas de psicologia, administração e educação (2001). Eles tentam, por intermédio de um experimento, demonstrar os limites cognitivos que dificultam a formação de juízos coerentes. São basicamente duas as fontes de incoerência. Em primeiro lugar, as pessoas raciocinam por categorias e têm dificuldades de cruzar a fronteira entre elas.¹²¹ Desse modo, conseguem formar juízos coerentes sobre dois casos que envolvem uma lesão física, porém o mesmo não acontece quando se veem na contingência de comparar uma lesão física com um dano ao meio ambiente. Em segundo, existe um problema translacional, porque os sujeitos enfrentam dificuldades quando precisam traduzir o seu juízo sobre a gravidade de

consider a lower court facing a Supreme Court precedent. For people thinking about morality or politics outside the legal system, by contrast, all judgment are merely provisional, in the sense that they are at least potentially subject to revision. In light of the system of precedent, reflective equilibrium is an unlikely ideal for law.” (SUNSTEIN, 1996, p. 33)

¹²⁰ “[...] analogy plays no argumentative role in the story: Its main use is to report na agreement that could be reported without it.” (DWORKIN, 1997, p. 446)

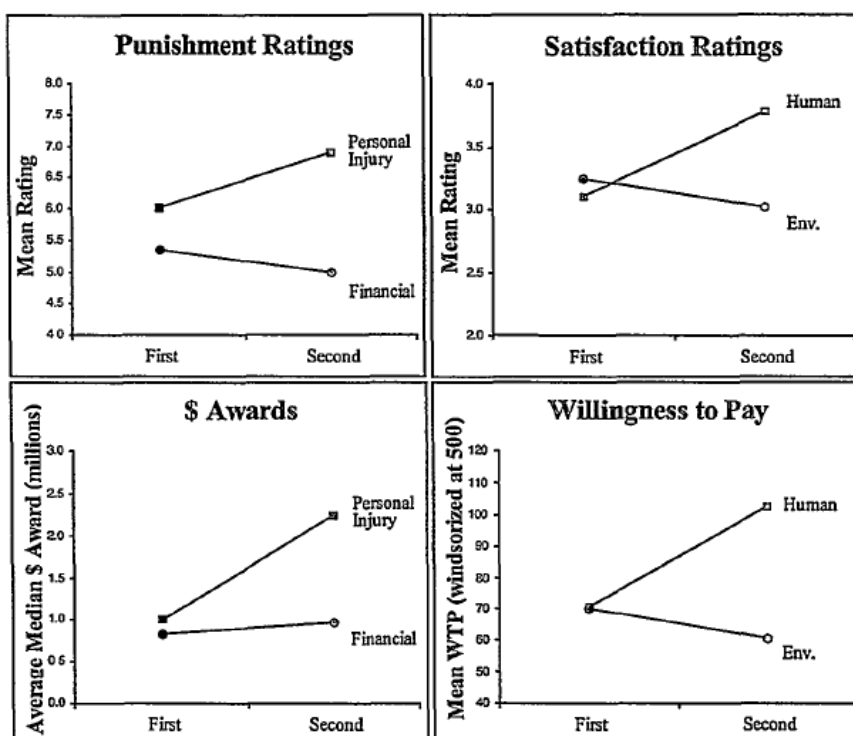
¹²¹ O termo “categoria” é emprestado da ciência cognitiva moderna e refere-se precipuamente aos rótulos que as pessoas utilizam na linguagem cotidiana e na argumentação informal (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1170).

uma infração em um tipo de sanção jurídica passível de quantificação. Em termos mais simples, não conseguem definir o tempo de prisão ou o valor da multa aplicável de forma coerente em casos diferentes. Os agentes são limitadamente racionais e localmente coerentes.

O experimento desenvolvido pelos autores teve por objetivo aferir se a avaliação das pessoas iria diferir se elas vissem o problema isoladamente ou em comparação com um problema de categoria diferente. Os sujeitos do experimento foram confrontados com casos jurídicos envolvendo lesão física, posteriormente pareados com casos de prejuízos financeiros, e com causas públicas envolvendo danos a humanos, posteriormente pareadas com causas relacionadas a danos ao meio ambiente. Depois de avaliar separadamente cada um deles, foi-lhes solicitado que respondessem, em comparação, qual deveria ser o valor da punição nos casos jurídicos ou quanto estariam dispostos a contribuir para as causas públicas.

Os resultados do experimento mostram uma inequívoca mudança de julgamento, dependendo de se o problema é visto isoladamente ou em comparação com um problema de uma categoria diferente. Os autores chamam a atenção para o fato de que a avaliação do dano mais grave aumenta bruscamente, ao passo que a avaliação do dano menos grave diminui apenas um pouco ou permanece mais ou menos o mesmo. Os dados coletados foram condensados no seguinte gráfico (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1176):

Figure 1. Aggregate Evaluations Over Cases or Causes for Rating and Dollar Responses



Os resultados sugerem, por exemplo, que a definição de uma indenização em casos de dano físico, quando realizada isoladamente, tende a ser desproporcionalmente baixa em relação à indenização de danos financeiros, que tende a ser maior. Por isso, o julgamento de casos particulares pode ser considerado anômalo se contraposto a outro de diferente categoria. A conclusão do experimento é de que “a incoerência é suscetível de ser criada e de persistir sempre que casos forem considerados um de cada vez, em razão do problema translacional, do pensamento atrelado a categorias, ou aos dois” (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1194, tradução livre).¹²²

Segundo os autores, essa conclusão fornece um apoio à visão de Dworkin, porque “bolsos locais de coerência podem muito bem produzir um padrão geral que é sem sentido, ou pelo menos que contém o que todos veriam como falta de sentido” (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1201, tradução livre).¹²³

Para ter certeza, coerência global seria uma distensão significativa nas capacidades judiciais, em parte porque as operações mentais envolvidas não vêm naturalmente. Esforços judiciais para fornecer formas mais limitadas de “coerência local,” por meio de um raciocínio relativamente pouco ambicioso por analogia, podem ser compreendidos como uma boa maneira de evitar a sobrecarga cognitiva – focando na categoria cognitivamente manejável, e abstendo-se de investigar problemas de outras categorias. Mas nosso argumento mais amplo aponta para outro lado, dando forte munção cognitiva para a reivindicação de Dworkin por coerência global. Nós oferecemos razões para acreditar que no direito as várias categorias exibindo coerência interna não se ajustarão umas com as outras e que o padrão de resultados, gerados por juízes não ambiciosos, conterà o que eles próprios veriam como erro e confusão. Referindo-se exatamente a esse risco, Dworkin sugere que nós “devemos empenhar-nos, o máximo que pudermos, para não aplicar uma teoria da responsabilidade a companhias farmacêuticas e uma diferente para motoristas, para não adotar uma teoria da liberdade de expressão quando estivermos preocupados com a pornografia e outra quanto estivermos preocupados com a queima de bandeira.” Se o direito tiver de ser coerente, Dworkin está completamente correto. Juízes que buscam apenas a coerência local, ou que procedem um caso por vez, são altamente suscetíveis de produzir um padrão de resultados que eles próprios desaprovariam. (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1201, tradução livre)¹²⁴

Pode-se concluir, a partir de tudo o que foi exposto neste tópico, que não há nada na constatação de que a coerência local é o máximo que se pode atingir que infirme a coerência

¹²² “[...] incoherence is likely to be created and to persist whenever cases are considered one at a time, because of the translation problem, category-bound thinking, or both.” (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1194)

¹²³ “[...] local pockets of coherence might well produce an overall pattern that is senseless, or that at least contains what everyone would see as senselessness.” (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1201)

¹²⁴ “To be sure, global coherence would be a significant strain on judicial capacities, in part because the mental operations involved do not come naturally. Judicial efforts to provide more limited forms of ‘local coherence,’ through relatively unambitious reasoning by analogy, can be understood as a good way of avoiding cognitive overload – by focusing on the cognitively manageable category, and by failing to investigate problems from other categories. But our larger point cuts the other way, giving strong cognitive ammunition to Dworkin’s plea for global coherence. We have provided reason to believe that in law, the various categories showing internal coherence will not fit together and that the pattern of outcomes, generated by unambitious judges, will contain what they themselves would see as error and confusion. Referring precisely to this risk, Dworkin suggests that we ‘must strive, so far as we can, not to apply one theory of liability to pharmaceutical companies and a different one to motorists, not to embrace one theory of free speech when we are worried about pornography and another when we are worried about flag burning.’ If law is to be coherent, Dworkin is entirely correct. Judges who seek only local coherence, or who proceed one case at a time, are highly likely to produce a pattern of outcomes of which they themselves would disapprove.” (SUNSTEIN *et al.*, 2001, p. 1201)

global como um ideal, ainda que inatingível. Essa solução conciliatória das duas visões pode ser aplicada no projeto institucional, no sentido de inspirar a criação de estruturas para decisão que possam produzir um padrão de julgamentos que as pessoas aceitariam.

CONCLUSÃO

O direito como integridade é uma teoria normativa da decisão judicial que requer que os juízes busquem atender duas dimensões de justificação de suas conclusões sobre casos concretos: em primeiro lugar, a decisão deve adequar-se à prática jurídica; em segundo, deve mostrá-la sob sua melhor luz a partir de princípios de moralidade política. Os acordos incompletamente teorizados, por sua vez, partem do pressuposto de que essa abordagem é demasiadamente ambiciosa. Eles podem ser compreendidos como uma estratégia para alcançar o acordo sobre resultados particulares sem uma teoria que os justifique completamente. Seu objetivo é viabilizar o exercício do poder jurisdicional em um contexto social de profundas e às vezes inconciliáveis divergências morais.

Tanto o direito como integridade quanto os acordos incompletamente teorizados são formulações teóricas surgidas no contexto institucional norte-americano para resolver problemas que, conquanto possam ser compartilhados com outros países, possuem detalhes que lhe são peculiares. Por isso, as teorias são melhor compreendidas por referência à tradição constitucional dos Estados Unidos, que se inicia com a Revolução Americana e com a criação da República. Desde o começo de seu desenvolvimento, o direito constitucional norte-americano tem sido marcado pela preocupação com o risco de que o poder político seja exercido por pessoas ou grupos em favor de seu próprio interesse – o mal das facções, como denominou James Madison.

Em razão disso, adotou-se uma série de estratégias institucionais para limitar o governo e promover a deliberação pública. Uma delas foi a separação horizontal de poderes, que distribui as diferentes funções governamentais entre três ramos diferentes de forma que eles imponham limites recíprocos uns aos outros. O papel do Poder Judiciário como guardião da constituição no esquema institucional básico estabelecido pela constituição é controverso desde os anos iniciais da República. No final do século XVIII e no início do século XIX, destacam-se as divergências entre federalistas, representados por John Marshall, e republicanos, tais como James Madison e Thomas Jefferson. Os debates travados entre eles naquela época em alguma medida antecipam boa parte dos temas que a doutrina constitucional discute hoje, inclusive aqueles presentes nas obras de Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein.

O controle de constitucionalidade teve como principal marco de seu surgimento a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte afirmou a supremacia da constituição sobre as leis ordinárias e o seu próprio poder para invalidar atos legislativos que

fossem contrários a ela. O sucesso do tribunal na enunciação de seu próprio poder dependeu, em parte, do fato de Marshall ter evitado o confronto direto com o presidente Thomas Jefferson. Porém, a autoridade da Suprema Corte para realizar o controle de constitucionalidade consolidou-se principalmente em razão da diferenciação entre direito e política, expressamente realizada por Marshall em sua decisão.

Dworkin e Sunstein não colocam em dúvida essa autoridade, mas parecem ter algumas discordâncias sobre o modo como ela deve ser exercida. Dworkin considera que a Suprema Corte é por excelência o fórum de princípios da nação, ou seja, o espaço adequado para a discussão sobre quais direitos as pessoas têm. Sunstein acha que essa é uma visão historicamente míope, pois direitos importantes foram reconhecidos e implementados por outros ramos do governo. Para ele, as instâncias democráticas devem ser o fórum de princípios. Entre os argumentos que utiliza para sustentar sua opinião está o ideal de democracia deliberativa preconizado pelo pensamento de James Madison.

Os diferentes papéis que cada um dos autores atribuem ao Poder Judiciário em geral e à Suprema Corte em particular produzem efeitos sobre a concepção de legitimidade que defendem. No caso de Dworkin, verifica-se que ela é indissociável de sua teoria sobre interpretação constitucional, que requer o atendimento ao princípio da integridade como forma de concretização dos ideais de igual respeito e consideração. Sunstein, a seu turno, diz que o exercício do poder é legítimo quando realizado por intermédio de um esquema institucional que possa ser considerado justo.

Essas foram as premissas que permitiram contrapor as diferentes concepções de interpretação constitucional defendidas por cada um dos autores de referência. Os acordos incompletamente teorizados caracterizam-se como a parte procedimental do minimalismo, teoria que favorece juízos que sejam adequados de maneira justa às particularidades do caso concreto e justificados por meio de princípios com níveis baixos de ambição teórica. As regras e as analogias são as principais formas de criação desses acordos. Com alguns matizes, principalmente relacionados ao que se entende por ativismo judicial, a proposta de acordos incompletamente teorizados pode ser lida com uma crítica fraca a uma postura mais ambiciosa na interpretação constitucional. É importante levar em consideração, contudo, que o reconhecimento de que esses acordos podem ser injustos e de que alguns casos não podem ser decididos sem recurso a uma teoria geral aproxima bastante essa teoria ao direito como integridade.

Sunstein procura justificar sua teoria com base em razões institucionais. Ele se refere não apenas às limitações de tempo e de capacidade que os juízes enfrentam. Destaca também

que acordos incompletamente teorizados tendem a respeitar a moralidade interna da democracia. A confiança excessiva no Poder Judiciário, cujos membros de modo geral compõem um grupo homogêneo, pode prejudicar a deliberação pública dos demais agentes políticos e produzir efeitos sistêmicos indesejados. Também não se pode desconsiderar a possibilidade de erros judiciais, cujos custos podem ser mais elevados se for feita a opção por um juízo amplo, como aquele favorecido pelo direito como integridade, capaz de atingir uma quantidade grande de casos futuros.

Outro fato relevante na discussão precedente é a inspiração que ambos os autores buscam em partes diferentes do pensamento de John Rawls. O princípio da integridade de Dworkin assemelha-se ao equilíbrio reflexivo, que sugere uma forma de raciocínio moral que procure harmonizar os juízos irrefletidos das pessoas com uma teoria moral que os justifique. Os acordos incompletamente teorizados, por sua vez, compartilham com a ideia de consenso sobreposto o objetivo de preservar a estabilidade social sem colocar em xeque as crenças mais arraigadas dos indivíduos.

Embora superficial, a exposição sobre a relação entre as teses de Dworkin e de Sunstein com algumas noções extraídas da obra de Rawls permite compreender melhor a exigência de coerência da argumentação jurídica na visão dos dois autores de referência. Dworkin parece favorecer um ideal de coerência vertical e horizontal, de acordo com o qual os resultados dos julgamentos particulares devem ser coerentes tanto com a prática constitucional quanto com os princípios de moralidade política que a justificam. Já Sunstein argumenta que o máximo a que se pode almejar é a coerência local entre julgamentos que versam sobre questões essencialmente parecidas e que as analogias são um bom método para atingi-la. Entretanto, os autores fazem dois movimentos que os aproximam muito. Dworkin diz que o direito como integridade incorpora um princípio de prioridade local que não se diferencia de maneira relevante do tipo de coerência preferido por Sunstein. Este autor, em contrapartida, apresenta dados empíricos que sugerem que juízos formados por meio da análise isolada de um caso ou da análise em comparação com precedentes da mesma categoria podem acarretar incoerência e conclui, a partir disso, que busca pela coerência local pode muito bem gerar práticas que fazem pouco sentido quando consideradas como um todo, o que favorece o ideal de coerência global defendido por Dworkin.

A contraposição teórica realizada neste trabalho parece indicar, por conseguinte, que Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein possuem concepções de interpretação constitucional que são mais similares do que podem aparentar a princípio. Entretanto, remanescem alguns pontos de divergência, que deixam em aberto a questão sobre a possibilidade de uma teoria

intermediária ou de uma síntese propositiva que tenha a pretensão de acolher o que há de melhor e superar o que há de criticável no direito como integridade e nos acordos incompletamente teorizados. Essa é – cabe reconhecer – a expectativa legítima do leitor quando se depara com um trabalho acadêmico de caráter predominantemente teórico em que o autor propõe a comparação entre dois pensadores. É também a última provocação feita por Manuel Atienza em seu livro, propositalmente omitida na introdução deste trabalho.

Com o único objetivo de não frustrar completamente essa expectativa, esboçam-se aqui, à guisa de conclusão, três hipóteses meramente especulativas, que podem funcionar como orientação para o aprofundamento do estudo sobre a temática. A primeira parece encontrar-se nas entrelinhas do roteiro proposto por Atienza e permitiria defender a teoria da argumentação jurídica padrão como uma teoria intermediária entre o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados. A teoria da argumentação jurídica poderia ser lida como um ponto médio no sentido de que a ambição teórica restringir-se-ia à elaboração, em abstrato, de tipos de argumentos que podem ser considerados racionalmente persuasivos no contexto judicial, mas que não requereriam um grau elevado de teorização no momento da aplicação. A teoria cria e justifica antecipadamente critérios de avaliação – tais como a universalidade, a consistência, a coerência e a adequação das consequências – que poderiam ser usados pelos juízes em seu encontro com o caso concreto.

Essa hipótese refere-se precipuamente a uma teoria retórica da argumentação jurídica, a exemplo daquela formulada por Neil MacCormick. Há entre esse autor e Sunstein uma semelhança: ambos têm por objetivo conciliar duas concepções de justiça procedimental – aquela que entende um sistema de regras como exigência do Estado de Direito (*rule of law*) e outra que prega um elevado grau de casuísmo ou que reconhece o caráter argumentativo do direito. Sunstein sugere o minimalismo como estratégia interpretativa adequada para essa finalidade. MacCormick, em contrapartida, faz isso a partir da afirmação do silogismo como estrutura básica da argumentação jurídica e do desenvolvimento de tipos de argumentos que podem ser utilizados para resolver casos difíceis – aqueles em que surge um problema relacionado à prova, um problema de classificação, de avaliação, de interpretação ou de relevância. O silogismo e os critérios de avaliação propostos pela teoria da argumentação jurídica, uma vez aceitos, não requerem um grau elevado de teorização no momento do julgamento de casos concretos. Porém, isso não significa que a teoria não aceite nem esteja aberta à possibilidade de que algumas questões tenham de ser decididas por referência a princípios de caráter moral. Por exemplo, para MacCormick a coerência de normas requer que elas estejam voltadas para a realização de valores comuns. Estes, por sua vez, para serem

coerentes entre si, devem expressar em sua totalidade uma forma satisfatória de vida. O recurso a valores e a princípios morais aproxima a teoria retórica da argumentação jurídica, que não especifica pesos nem estabelece de antemão quais argumentos devem necessariamente prevalecer sobre outros, do direito como integridade.

A segunda hipótese emana da última frase de Benjamin C. Zipursky em um texto que se encontra nas referências bibliográficas deste trabalho. Ela sugere que o ponto ideal entre o minimalismo e o perfeccionismo poderia ser o método do constitucionalismo na *common law*. Dessa forma, a prática da Suprema Corte de respeito às tradições e a seus próprios precedentes, segundo a regra do *stare decisis*, combinada com algum grau de restrição ao texto constitucional, proporcionaria o equilíbrio adequado entre as exigências da integridade e os limites institucionais enfatizados pelos acordos incompletamente teorizados. Pode-se especular que o método do constitucionalismo na *common law* poderia ser considerado um ponto intermediário entre o direito como integridade e os acordos incompletamente teorizados em dois sentidos diferentes. Em primeiro lugar, como de modo geral a Suprema Corte é obrigada a seguir seus precedentes – o que a permite resolver casos de maneira incompletamente teorizada –, uma teorização mais ambiciosa far-se-ia necessária somente nas hipóteses extraordinárias em que determinado entendimento jurisprudencial devesse ser reavaliado em razão de novas circunstâncias fáticas ou da mudança de valores na sociedade, como ocorreu no caso *Brown vs. Board of Education*. Em segundo, pode-se cogitar que o respeito à história institucional exigido pelo direito como integridade encontre paralelo na exigência de respeito às tradições e aos precedentes na *common law*, ao mesmo tempo em que acordos incompletamente teorizados são acolhidos por doutrinas jurisprudenciais que permitem à Corte evitar o mérito em casos controversos.

Por fim, a terceira hipótese, que parece ajustar-se bem a toda a análise desenvolvida ao longo destas quase noventa páginas, permitiria sustentar que as preocupações do minimalismo e as razões institucionais oferecidas por Sunstein fossem incorporadas ao direito como integridade como razões de princípio rivais, capazes de influenciar o resultado de juízos sobre casos concretos. Dessa maneira, a concepção de democracia deliberativa, a abstenção de colocar em jogo as convicções religiosas, políticas e filosóficas mais profundas das pessoas quando isso for desnecessário, a possibilidade de efeitos sistêmicos imprevistos e todos os demais aspectos enfatizados por Sunstein passariam a contar como princípios de moralidade política que poderiam, em algumas circunstâncias, mostrar o direito como um todo sob sua melhor luz, tal como exige a integridade.

Embora essas hipóteses sejam aqui apenas anunciadas e de maneira nenhuma desenvolvidas nem defendidas como soluções razoáveis para a questão dos limites da aplicação judicial do direito constitucional, elas permitem concluir que a contraposição entre direito como integridade e acordos incompletamente teorizados é rica em possibilidades e contribui para o aperfeiçoamento da teoria constitucional, podendo, inclusive, com o aprofundamento da pesquisa e com os devidos cuidados, oferecer ideias instigantes ao debate no direito constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BARNES, Robert. Supreme Court justices conflicted on same-sex marriage case. In: **The Washington Post**, 26 mar. 2013, 2013. Disponível em: http://www.washingtonpost.com/politics/a-historic-moment-for-same-sex-marriage-arrives-before-supreme-court/2013/03/25/c8d85442-95ad-11e2-b6f0-a5150a247b6a_story.html. Acesso em: 15 nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n.88, p.305-325, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&nrm=iso. Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 nov. 2013.

_____. Lei 8.038, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 04 nov. 2013.

BREYER, Stephen. The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises Upon Which They Rest. In: **Hofstra L. Rev.**, v.17, p.1-50, 1988.

DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András *et al.* **Comparative constitutionalism: Cases and materials**. 2. ed. St. Paul: West, 2010 (American Casebook Series).

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. In: **N.Y.U. L. Rev.**, v.56, p.469, 1981.

_____. The concept of unenumerated rights. In: **University of Chicago Law Review**, v.59, 1992.

_____. Reply. In: **Ariz. St. L.J.**, v.29, p.431-458, 1997.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. Three Questions for America. In: **The New York Review of Books**, 21 set. 2006, 2006b. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/sep/21/three-questions-for-america/?page=2>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira Faedrich. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. **A justiça de toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald; NAGEL, Thomas; NOZICK, Robert *et al.* Assisted Suicide: The Philosophers' Brief. In: **The New York Review of Books**, 27 mar. 1997, 1997. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/mar/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/?pagination=false>. Acesso em: 10 nov. 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. La constitución de los modernos. In: _____. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días.** Madrid: Trotta, 2001, p. 71-164.

INGRAM, David. **Law: key concepts in philosophy.** London; New York: Continuum, 2006.

KRAMMICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John. **Os artigos federalistas.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1-85.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política.** 14. ed. v.1. São Paulo: Ática, 2006, p. 243-287.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito.** Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, moderação e o "minimalismo judicial" de Cass Sunstein. In: **Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 1384-1404. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf. Acesso em: 13 dez. 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. A afirmação da supremacia constitucional, da revolução ao século XIX. In: _____. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 149-172.

POSNER, Eric A. Why Originalism Is So Popular. 2011. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/politics/81480/republicans-constitution-originalism-popular>. Acesso em: 03 nov. 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROSENFELD, Michel. The Identity of the Constitutional Subject. In: **Cardozo L. Rev.**, v.16, p.1049, 1994.

_____. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**, v.7, n.12, jan./jun. 2004, p.11-63, 2004. Disponível em: <http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/127/688127.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

SMELCER, Susan Navarro. Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010. In: **Congressional Research Service**, 9 abr. 2010, 2010. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40802.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R. *et al.* **Constitutional law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutions and democracies: an epilogue. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune (org.). **Constitutionalism and democracy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 327-352.

_____. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford; New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. Constitutional Agreements without Constitutional Theories. In: **Ratio Juris**, v.13, n.1, p.117-130, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9337.00143>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **A constituição parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

_____. **A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton: Princeton University Press, 2009b.

SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David *et al.* Predictably Incoherent Judgments. In: **Stanford Law Review**, v.54, p.1153-1216, 2001.

UNITED STATES. **Americans with disabilities act**. Disponível em: <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>. Acesso em: 04 nov. 2013.

_____. Constitution of the United States: adopted on September 17, 1787. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso: 02 nov. 2013.

_____. Constitution of the United States: Amendment XIV. Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Supreme Court. **Hollingsworth vs. Perry, 570 U. S. ____ (2013)**. Petitioners did not have standing to appeal the District Court's order. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Supreme Court. **U.S. vs. Windsor, 570 U. S. ____ (2013)**. This Court has jurisdiction to consider the merits of the case. DOMA is unconstitutional as a deprivation of the equal liberty of persons that is protected by the Fifth Amendment. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf. Acesso em: 15 nov. 2013.

WOOD, Gordon S. Chief Justice John Marshall and the Origins of Judicial Review. In: _____. **Empire of liberty: a history of the early Republic, 1789-1815**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 433-468.

ZIPURSKY, Benjamin C. Minimalism, Perfectionism, and Common Law Constitutionalism: Reflections on Sunstein's and Fleming's Efforts to Find the Sweet Spot in Constitutional Theory. In: **Fordham L. Rev.**, v.75, p.2997-3012, 2006.